

5.6 SITUATIES WAARIN ZELF IN DE ZAAK VOORZIEN OF IN STAND LATEN VAN DE RECHTSGEVOLGEN NIET LEIDT TOT DEFINITIEVE BESLECHTING VAN HET GESCHIL

In deze paragraaf wordt een beschrijving gegeven van de in paragraaf 5.5 al genoemde situaties waarin het geschil niet definitief was beslecht, ondanks het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten.

5.6.1 *Goedkeuring van bestemmingsplannen*

Bijna de helft van de zaken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak zelf in de zaak heeft voorzien, betrof een besluit over de goedkeuring van een bestemmingsplan (94 zaken). In 13 van deze zaken heeft de Afdeling bij haar uitspraak zelf voorzien door de goedkeuring alsnog te verlenen. In 86 zaken heeft zij zelf voorzien door de goedkeuring te onthouden (er zijn dus ook enkele zaken waarin de goedkeuring deels is verleend en deels is onthouden).

Na onthouding van goedkeuring moet de gemeenteraad binnen een jaar een nieuw bestemmingsplan vaststellen met inachtneming van de grond die reden was voor de onthouding. Dat regelt artikel 30 van de Wet op de ruimtelijke ordening voor gevallen waarin gedeputeerde staten goedkeuring hebben onthouden. Maar dezelfde verplichting geldt indien de Afdeling bestuursrechtspraak goedkeuring onthoudt bij een uitspraak die in de plaats treedt van een vernietigd besluit van gedeputeerde staten. De gevallen waarin de Afdeling de goedkeuring heeft onthouden, beëindigen dus niet het geschil over het bestemmingsplan. Door artikel 30 van de Wet op de ruimtelijke ordening blijft het geschil in stand. Slechts in een paar gevallen is het geschil dan toch definitief beslecht, want de Afdeling heeft driemaal bij de uitspraak waarbij de goedkeuring werd onthouden, bepaald dat de gemeenteraad geen nieuw bestemmingsplan als bedoeld in artikel 30 WRO opstelt.

Als de Afdeling slechts ten aanzien van een deel van het bestemmingsplan de goedkeuring, zelf in de zaak voorziend, onthoudt, en andere delen van datzelfde bestemmingsplan gewoon worden vernietigd, dan wordt het geschil voortgezet op twee niveaus: bij de gemeenteraad en bij gedeputeerde staten, ieder voor zijn eigen deel.

In de gevallen waarin de goedkeuring door de Afdeling, zelf in de zaak voorziend, is verleend, kan dat betekenen dat het geschil over het bestemmingsplan definitief is beslecht. Maar als de verlening slechts een deel van het bestemmingsplan betreft en de door gedeputeerde staten gegeven goedkeuring van een ander deel van datzelfde bestemmingsplan gewoon is vernietigd, moeten gedeputeerde staten en de gemeenteraad beide een nieuw besluit nemen. Dan is het geschil dus niet definitief beslecht.

Voor de beantwoording van de vraag of het geschil definitief is beslecht, zijn dit belangrijke gegevens. In tabel 6 zijn deze gegevens verwerkt.

Tabel 6 Definitieve beslechting van geschillen over bestemmingsplannen

Aantal uitspraken over goedkeuring bestemmingsplan waarin lid 4 is toegepast	GS hoeven niets meer te doen	GS moeten nog wel over een deel beslissen	GS en gemeenteraad hoeven beide niets meer te beslissen
94	69	25	6

Het komt erop neer dat slechts bij 6 van de 94 uitspraken het geschil definitief was beslecht in die zin dat noch gedeputeerde staten, noch de gemeenteraad een nieuw besluit ter vervanging van het vernietigde besluit moesten nemen.

5.6.2 *Slechts voor een gedeelte zelf in de zaak voorzien of de rechtsgevolgen in stand gelaten*

Bij de rechterlijke uitspraak kunnen bepaalde onderdelen of aspecten van het besluit eruit worden gelicht. Meestal leiden deze situaties tot gedeeltelijke vernietiging. Als dan zelf in de zaak wordt voorzien, treedt de rechterlijke uitspraak meestal in de plaats van het vernietigde gedeelte van het besluit. Maar soms worden meer onderdelen of aspecten door de vernietiging getroffen dan er door het zelf in de zaak voorzien worden vervangen. In die gevallen is het resultaat een definitieve beslechting van een deel van het geschil.

Zo komt het voor dat de rechter een bepaald vergunningvoorschrift vernietigt en, zelf in de zaak voorzien, door een nieuw voorschrift vervangt, terwijl hij andere voorschriften van dezelfde vergunning alleen vernietigt. Dan is het geschil over de vergunning niet definitief beslecht.

Bij een handhavingsbesluit kan de last op verschillende handelingen van de (vermeende) overtreder bestrekking hebben. Als de rechter oordeelt dat overtreding A niet wordt begaan, maar overtreding B wel, dan kan het besluit worden vernietigd voorzover het betreft overtreding A. Zo werd door de Afdeling bij vernietiging van een handhavingsbesluit ter zake van bewoning en verbouwing van een recreatiewoning bepaald dat de last ter zake van de bewoning geheel werd herroepen (die moest worden gedoogd) maar dat het bestuursorgaan een nieuw besluit op bezwaar moest nemen ter zake van de verbouwing.

In uitspraken over uitkeringen komt het soms voor dat de rechter zelf in zaak voorziet voor de ene periode en het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen voor een andere periode.¹⁷⁸ Bij het in stand laten van de rechtsgevolgen kan hetzelfde gebeuren. Zo werd bij de Centrale Raad een geval over de herziening van een uitkering aangetroffen waarin de rechtsgevolgen voor de ene periode in stand werden gelaten, maar voor een andere periode niet, omdat voor die andere periode de relevante feiten nog niet duidelijk waren geworden.

Ook kan definitieve beslechting van slechts een deel van het geschil het resultaat zijn wanneer de uitspraak betrekking heeft op een geschil over twee samenhangende besluiten. Zo zijn bij de Centrale Raad zes uitspraken aangetroffen waarin een besluit omtrent de intrekking van een uitkering werd vernietigd en, met

¹⁷⁸. Dit is een keer aangetroffen bij de CRvB en een keer bij Rechtbank 2.

gebruik van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien, werd vervangen, terwijl bij diezelfde uitspraak het besluit omtrent terugvordering alleen werd vernietigd. Dit is verklaarbaar omdat het bestuursorgaan een zekere discretionaire ruimte kan hebben om, ingeval de intrekking vaststaat, al dan niet over te gaan tot terugvordering. Bovendien moeten de hoogte en de termijnen van de terugvordering nog worden bepaald. Deze zes gevallen beschouwen wij als niet-definitief beslechte geschillen. Je zou daarover ook anders kunnen denken, omdat het om twee besluiten per uitspraak gaat. Het geschil over de intrekking is definitief beslecht, dat over de terugvordering niet. Maar in onze ogen zijn beide besluiten te zeer met elkaar verweven om van definitieve geschilbeslechting te kunnen spreken.

5.6.3 *Meer belanghebbenden*

Ook komt het voor dat meer belanghebbenden in één procedure optreden en dat van een deel van hen het bezwaarschrift alsnog niet-ontvankelijk wordt verklaard (door de rechter met toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb), terwijl op de bezwaarschriften van andere belanghebbenden een nieuw besluit moet worden genomen. Er kunnen zich overigens in allerlei varianten situaties voordoen waarin een deel van de (vermeende) belanghebbenden ontvankelijk moest worden verklaard en een deel niet-ontvankelijk. Soms slaagt de rechter er dan wel in om het geschil definitief te beslechten. Zo is een paar keer een uitspraak aangetroffen waarbij de rechter, zelf in de zaak voorziend, het primaire besluit herriep omdat daarbij een belanghebbende ten onrechte niet-ontvankelijk was verklaard, terwijl hij meteen ook diens bezwaren ongegrond kon verklaren. Dat laatste kon hij dan doen omdat hij uit de beoordeling van de beroepen van andere belanghebbenden in dezelfde zaak kon afleiden dat het geen zin meer had om het bestuursorgaan opnieuw in de zaak te laten voorzien. Dat is een voorbeeld van efficiënt gebruik van de uitspraakbevoegdheden.

5.6.4 *Gevallen waarin er nog een aanvraag overblijft*

Als het primaire besluit op aanvraag is genomen, kan de rechterlijke uitspraak soms leiden tot een situatie waarin het primaire besluit is herroepen, het besluit op bezwaar is vernietigd en er weer een aanvraag ligt waarop geen besluit is genomen. Vernietiging en herroeping hebben terugwerkende kracht, dus de situatie waarin moet worden beslist op de aanvraag, is herleefd. Deze situatie kan zich voordoen als de rechter bij de vernietiging van het besluit op bezwaar constateert dat ook het primaire besluit niet in stand kan blijven. Dat kan hij dan, zelf in de zaak voorziend, herroepen. Hij moet dan doen wat het bestuursorgaan had moeten doen en dus een nieuw primair besluit nemen. Daarom is het begrijpelijk dat de rechter normaal gesproken niet zelf in de zaak voorziet als hij niet kan bepalen welk besluit er op de aanvraag moet worden genomen.

Toch komt men wel eens een dergelijke situatie tegen. In een geschil over een geweigerde ontheffing vernietigde de Afdeling het besluit op bezwaar en herriep zij het primaire besluit (de afwijzing van de aanvraag). De reden hiervoor was dat er een procedurele fout was gemaakt in de besluitvormingsprocedure van de pri-

maire fase. Als gevolg van de herroeping van het primaire besluit ligt er weer een aanvraag waarop opnieuw moet worden beslist door het nemen van een nieuw primair besluit. Daarbij kan dan de procedurele fout worden hersteld. Blijkbaar wilde de Afdeling bereiken dat de aanvraagprocedure in de primaire fase werd overgedaan.

Een situatie die zich gemakkelijk kan voordoen, heeft te maken met artikel 4:5 Awb, waarbij is bepaald dat een aanvraag buiten behandeling kan worden gelaten als zij onvolledig is. Tegen de beslissing tot buiten behandeling laten kan bezwaar en beroep worden ingesteld. Als de rechter vindt dat de aanvraag ten onrechte buiten behandeling is gelaten, kan hij het besluit op bezwaar vernietigen en, zelf in de zaak voorzien, de primaire beslissing (tot buiten behandeling laten) herroepen. Hij brengt partijen dan in de fase waarin de aanvraag meteen alsnog in behandeling kan worden genomen. Daarvan zijn twee gevallen aangekomen bij de Afdeling en één bij de Centrale Raad.

In al deze gevallen is het geschil over het besluit op de aanvraag niet definitief beslecht. Artikel 8:72 lid 4 Awb (zelf voorzien) wordt hier gebruikt omdat de rechter partijen helemaal terug wil plaatsen in de fase van de aanvraag. Daar kunnen goede redenen voor zijn, bijvoorbeeld om te bereiken dat er na de primaire fase nog een heroverweging in bezwaar kan plaatsvinden. Dat kan zinvol zijn in gevallen waarin de inhoud van het besluit nog helemaal niet aan de orde is geweest, dan wel wezenlijk kan veranderen bij het nieuwe besluit op de aanvraag.

Toch is de regel dat het bestuursorgaan na de vernietiging van een besluit op bezwaar de geconstateerde gebreken moet herstellen in een hervatte bezwaarschriftprocedure. Als de belanghebbende dan tegen het nieuwe besluit in beroep wil gaan, kan hij rechtstreeks naar de rechter en hoeft hij niet opnieuw een bezwaarschrift in te dienen. Dat er uitzonderingen zijn waarin het beter is dat de rechter partijen terugbrengt in de primaire fase, doet aan de hoofdregel niets af. Het aantal geconstateerde uitzonderingen in 2005 is dan ook zeer klein.

5.6.5 *Randgevallen*

Bij elke indeling van complexe zaken stuit men op randgevallen, zo ook in dit onderzoek. Wij hebben in de opzet van het onderzoek het begrip 'geschil' beperkt tot het geschil over het bestreden besluit en, in geval van vernietiging, het vervangende besluit. Er is in hoofdstuk 2 op gewezen dat dit, vanuit de partijen gezien, een simplificatie van het geschil is. Het gaat partijen bijvoorbeeld om de vraag 'mag hier wel een winkelcentrum komen?' terwijl de rechter oordeelt over de vraag 'mocht deze bouwaanvraag worden toegewezen?' Maar omdat wij in een empirisch onderzoek van deze omvang niet kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter die ruimer gedefinieerde geschillen beslecht, hebben wij ons bij de simplificatie neergelegd.

Maar al te simpel wilden we nu ook weer niet worden, zodat geschillen over intrekking en terugvordering van een uitkering als één geschil zijn behandeld, althans wanneer de rechter er één uitspraak over doet. Anders zou een geschil over een intrekking worden geteld als een definitieve beslechting, terwijl er nog jaren wordt geprocedeerd over de terugvordering. Daarom geldt in dit onderzoek

een uitspraak waarbij zelf in de zaak is voorzien ter zake van de intrekking en het terugvorderingsbesluit gewoon is vernietigd, als een gedeeltelijk, dus niet definitief beslecht geschil.

Ook op het terrein van de Afdeling komen we deze gedeeltelijk definitieve beslechting soms tegen. Een voorbeeld is het geval waarin iemand in bezwaar en beroep ging tegen een besluit over de vraag of een nog te verlenen vergunning mer-plichtig was.¹⁷⁹ De Afdeling vernietigde het bestreden besluit en verklaarde, zelf in de zaak voorzien, de indiener niet-ontvankelijk omdat het ging om een procedurele beslissing ter voorbereiding van een besluit (art. 6:3 Awb). Maar intussen was de vergunning al verleend en het daartegen ingediende beroep van dezelfde belanghebbende werd gevoegd behandeld met het beroep over de mer-plicht. In die gevoegde zaak werd het besluit over de vergunning vernietigd omdat de indiener gelijk had op het punt van de mer-plicht. In de zaak over de vergunning moet dus opnieuw worden voorzien door het bestuursorgaan. In de eerste zaak uiteraard niet, dus die is definitief beslecht. De verwevenheid is evenwel procedureel en inhoudelijk zo hecht, dat wij beide gevoegde zaken als één geschil hebben behandeld.

5.6.6 *Andere gevallen*

Er zijn nog andere situaties waarin het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien niet zonder meer leidt tot een definitieve beslechting van het geschil. Denk aan een geval waarin deze bevoegdheid wordt gebruikt om de vergoeding van in de bezwaarschriftfase gemaakte proceskosten toe te wijzen, zoals het bestuursorgaan dat had behoren te doen bij het besluit op bezwaar (art. 7:15 juncto 8:72 lid 4 Awb). Het is dan mogelijk dat bij diezelfde uitspraak het besluit op bezwaar ook nog om andere redenen wordt vernietigd, zodat de zaak weer terugkeert naar het bestuursorgaan.

5.7 **ZOEKMETHODEN DIE IN DIT KWANTITATIEVE DEEL VAN HET ONDERZOEK ZIJN GEBRUIKT**

In deze paragraaf wordt uiteengezet aan welke bronnen de in de vorige paragrafen genoemde gegevens zijn ontleend en welke zoekmethoden daarbij zijn gebruikt. Vooraf een opmerking over de wijze van tellen. Geteld is per uitspraak, niet per besluit. Het komt veel voor dat partijen geschillen hebben over meer dan één besluit. Denk aan geschillen over uitkeringen, waarin het intrekkingbesluit en het terugvorderingsbesluit gevoegd worden behandeld. Ook komt het voor dat er meerdere belanghebbenden zijn, die ieder een eigen beroepschrift tegen hetzelfde besluit hebben ingediend. Wij behandelen een geval als één geschil indien de samenhangende beroepen tot één uitspraak in de hoofdzaak hebben geleid.

¹⁷⁹. In geval van een mer-plicht moet een milieu-effectrapportage worden opgesteld ter voorbereiding van een besluit.

5.7.1 *De zoekgeschiedenis per rechterlijke instelling*

De jurisprudentie van de in het onderzoek betrokken rechters over 2005 is onderzocht op de vraag hoe vaak van de twee bevoegdheden (het zelf in de zaak voorzien en de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand laten) gebruik is gemaakt.

De keuze voor het jaar 2005 is ingegeven door het feit dat dit het eerste jaar is waarover een volledig overzicht van de jurisprudentie van de verschillende rechters digitaal beschikbaar is.

De rechtbanken

De uitspraken van de rechtbanken zouden aanvankelijk worden ontsloten met behulp van het registratiesysteem Berber, dat rechtbanken gebruiken om te administreren hoeveel zaken zij afhandelen en op welke manier. Maar dit registratiesysteem bleek niet bruikbaar voor ons onderzoek, omdat de kenmerken die voor ons onderzoek essentieel zijn, niet consequent in het Berber-systeem geregistreerd zijn. Het Berber-systeem wordt door de rechterlijke instanties gebruikt om kwantitatief verantwoording af te leggen over het aantal afgehandelde zaken. Daarbij wordt niet alleen geregistreerd dat een zaak is afgesloten met een uitspraak in de hoofdzaak, maar ook of het beroep gegrond was, het besluit vernietigd is, de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten of de uitspraak in de plaats is getreden van het vernietigde besluit. Daarnaast worden nog allerlei andere zogenoemde 'bijkomende bepalingen' geregistreerd. Dit systeem zou een schat aan informatie voor wetenschappelijk onderzoek bevatten, ware het niet dat de registratie van uitspraken in het systeem meestal is opgedragen aan medewerkers die onvoldoende inzicht hebben in de betekenis van de rechterlijke uitspraken en de daarin opgenomen dicta.

Rechtbank 1 en Rechtbank 2 hebben ieder een cd-rom verstrekt met daarop al hun bestuursrechtelijke uitspraken over 2005. Met behulp van deze gegevens is via dezelfde methode als bij de Afdeling (dat wil zeggen: op basis van dezelfde zoektermen) onderzocht hoe vaak (en in welke gevallen) de rechter zelf in de zaak voorzag dan wel de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand liet. Aanvankelijk was een derde rechtbank in het onderzoek betrokken, maar die beschikte niet over digitale versies van haar uitspraken. Bovendien was het onbegonnen werk om van alle uitspraken uit 2005 een papieren versie uit de archieven op te duiken. Deze rechtbank kon derhalve niet in dit deel van het onderzoek worden betrokken (maar wel in fase 2 en fase 4 van het onderzoek, waarin de interviews en de expert meeting zijn gehouden).

De Afdeling bestuursrechtspraak RvS

Wat de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak betreft kon de site van de Raad van State worden geraadpleegd. Deze site bevat een zeer gebruikersvriendelijke databank met alle door de Afdeling gedane uitspraken, met uitzondering van de zaken die conform artikel 8:54 Awb buiten zitting zijn afgedaan en de meeste uitspraken in vreemdelingenzaken. De 8:54-zaken zijn via een cd-rom beschik-

baar gesteld door de Raad van State. De uitspraken in vreemdelingenzaken zijn buiten het onderzoek gehouden, omdat zij buiten de opdracht vielen.

Het totale aantal uitspraken in de hoofdzaak is ontleend aan het registratiesysteem van de Raad van State. Dat is niet het Berbersysteem dat de andere rechterlijke instanties gebruiken. Aan het registratiesysteem van de Raad van State kon voor kamer 1 en kamer 2 ook worden ontleend in hoeveel uitspraken een besluit van een bestuursorgaan was vernietigd. Die zijn namelijk geregistreerd als 'beroep gegrond'. Voor kamer 3 kon daar niet mee worden volstaan, omdat dat de hogerberoepkamer is, zodat onderscheid moest worden gemaakt tussen uitspraken waarbij (alleen) het hoger beroep gegrond werd verklaard en uitspraken waarbij (tevens) het beroep tegen het besluit gegrond werd verklaard. Daarom is dat aantal vastgesteld door in de databank van de Raad van State te zoeken met een aantal zoektermen.¹⁸⁰ In aanvulling daarop is op de cd-rom voor 8:54-zaken gezocht naar uitspraken in hoger beroep met de treffer 'vernietigd', waarna per uitspraak is bekeken of de Afdeling een besluit van het bestuursorgaan had vernietigd.

De complexe zoekgeschiedenis van hogerberoepszaken heeft te maken met gevallen waarin hangende hoger beroep een nieuw besluit is genomen ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank. Gevallen waarin besluiten, genomen na vernietiging door de rechtbank, in hoger beroep mede werden beoordeeld (art. 6:19 Awb), en die vervolgens door de Afdeling zijn vernietigd omdat de uitspraak van de rechtbank werd vernietigd, zijn niet meegeteld. In die gevallen (totaal acht) wordt het besluit immers door de Afdeling vernietigd, omdat de reden om het te nemen (de uitspraak van de rechtbank) is vervallen. Daarna kan het bestuursorgaan dus ook geen nieuw besluit in de zaak meer nemen. Deze gevallen horen daarom thuis op de grote hoop zaken die definitief eindigen met een ongegrondverklaring of niet-ontvankelijkverklaring. Gevallen waarin het tegen een vernietiging ingesteld hoger beroep ongegrond was, maar het inmiddels ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank genomen besluit wegens onrechtmatigheid door de Afdeling werd vernietigd, zijn wel meegeteld. Want na zo'n uitspraak moet in beginsel wel een nieuw besluit worden genomen door het bestuursorgaan. Gevallen waarin de Afdeling het hoger beroep ongegrond verklaart en ook het (fictieve) beroep tegen het nieuwe besluit ongegrond verklaart, zijn uiteraard niet meegeteld, want in die gevallen is er geen besluit vernietigd.

De Centrale Raad van Beroep

De uitspraken van de CRvB konden worden geraadpleegd via *rechtspraak.nl*. Deze databank bevat alle door de CRvB gedane uitspraken, met uitzondering van de zaken die conform artikel 8:54 Awb buiten zitting zijn afgedaan. De 8:54-zaken van de CRvB zijn via een cd-rom beschikbaar gesteld.

Ook de Centrale Raad van Beroep maakt gebruik van het Berbersysteem. Bij het gebruik van die gegevens zijn dezelfde complicaties opgetreden als bij de recht-

180. In de categorie Hoger Beroep is gezocht op: 'vernietigt het besluit', 'vernietigt de besluiten', 'vernietigt deze besluiten', 'vernietigt dit besluit', 'vernietigt dat besluit', 'vernietigt de met een besluit gelijk te stellen' en 'vernietigt in zoverre het besluit.'

banken. Daarbij kwam nog een extra complicatie aan het licht: bij de registratie in het Berbersysteem was niet consequent rekening gehouden met het verschil tussen gegrondverklaring van het hoger beroep en gegrondverklaring van het beroep in eerste aanleg bij de rechtbank. De vraag hoe vaak de Centrale Raad een besluit vernietigde in 2005, kon daarom niet worden beantwoord aan de hand van de Berberregistratie. Het grote aantal uitspraken van de Centrale Raad maakte het onmogelijk alle uitspraken te gaan lezen.

Daarom is de volgende oplossing gekozen. In de databank *rechtspraak.nl* zijn met gebruikmaking van de zoekterm ‘vernietigt’ alle uitspraken te vinden waarin een vernietiging is uitgesproken. De vraag is alleen wat er is vernietigd: de uitspraak van de rechtbank of het bestreden besluit? Uit het totaal van die gevonden uitspraken zijn over zes maanden, verspreid over het jaar, alle uitspraken gevist (in totaal dus van zes maanden). Daaruit zijn (door kennisname van de inhoud van de uitspraak) de uitspraken geselecteerd waarbij een besluit van het verwerende bestuursorgaan door de Centrale Raad is vernietigd. Het daaruit resulterende getal is met twee vermenigvuldigd. Dat levert een betrouwbare schatting op van het totale aantal uitspraken waarbij de Centrale Raad een besluit heeft vernietigd. Ook hier gaat het meestal om hoger beroep en werd het dus ingewikkeld om dezelfde reden als bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De complicaties hebben te maken met gevallen waarin hangende hoger beroep een nieuw besluit is genomen ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank. Bij de Centrale Raad is dat op dezelfde manier aangepakt als bij de Afdeling (zie hierboven).

Tot zover ging het om uitspraken waarbij de Centrale Raad een besluit heeft vernietigd. Daarna moesten nog de uitspraken worden gevonden waarbij zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten. Bij het traceren van de uitspraken waarbij de Centrale Raad zelf in de zaak heeft voorzien of de rechtsgevolgen in stand heeft gelaten, kon niet worden volstaan met een schatting op basis van een half jaar, omdat van die uitspraken ook de inhoudelijke kenmerken moesten worden gecodeerd (die coderingen zijn gebruikt in hoofdstuk 6, hierna). Daarom is van alle uitspraken uit 2005 die in *rechtspraak.nl* werden geselecteerd met het trefwoord ‘vernietigt’, bekeken of de Centrale Raad zelf in de zaak had voorzien of de rechtsgevolgen in stand had gelaten. Ten slotte is de cd-rom met 8:54-zaken van de Centrale Raad doorzocht op het trefwoord ‘vernietigt’.

Het College van beroep voor het bedrijfsleven

De uitspraken van het CBb konden worden geraadpleegd via *rechtspraak.nl*. Daar is nagegaan in hoeveel uitspraken het CBb een besluit vernietigd heeft. Daarvoor is de zoekterm ‘vernietigt’ gebruikt en is vervolgens per uitspraak bekeken wat er was vernietigd. Problemen als bij de Centrale Raad deden zich niet voor, dankzij het veel kleinere aantal uitspraken.

De databank op *rechtspraak.nl* bevat niet de zaken die conform art. 8:54 Awb buiten zitting zijn afgedaan, maar die zijn op cd-rom verstrekt.

5.7.2 *Complicaties bij het gebruik van databanken en digitale verzamelingen van de uitspraken*

Tijdens het onderzoek bleek dat de omvang van het gebruik van de rechterlijke bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien dan wel om de rechtsgevolgen in stand te laten moeilijker uit de beschikbare bestanden viel af te leiden dan verwacht, omdat bij uitoefening van beide bevoegdheden lang niet altijd wordt verwezen naar artikel 8:72, vierde resp. derde lid van de Awb. Dat betekende dat het zoeken op artikel 8:72 Awb slechts een beperkt deel van de uitspraken opleverde en dat gezocht moest worden naar de termen die gehanteerd worden bij het gebruik van de genoemde bevoegdheden.

In de uitspraken van de Afdeling bedroeg het aantal uitspraken dat via het trefwoord '8:72' werd gevonden circa 25% van het uiteindelijk gevonden totale aantal uitspraken waarin dat artikel was toegepast. Meestal gebeurt dat dus impliciet. De overige uitspraken zijn achtereenvolgens via de term 'voorzienend', de term 'rechtens' (één beslissing) en de term 'treedt' (in de plaats van het vernietigde besluit) gevonden, waarna een laatste check heeft plaatsgevonden via de term 'bepaalt' (dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit).

Bij de Centrale Raad van Beroep was het veel moeilijker zoeken. Anders dan bij de Afdeling, die bij het zelf in de zaak voorzien in ieder geval in het dictum laat uitkomen dat van deze bevoegdheid gebruik is gemaakt (door opneming van de zinsnede 'bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van ..'), is er bij de CRvB geen sprake van een vaste terminologie die hetzij in de rechterlijke overwegingen, hetzij in het dictum wordt gebruikt. Dat had als gevolg dat in alle uitspraken van de CRvB die een vernietiging inhielden aan de hand van het dictum moest worden bekeken of van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien gebruik is gemaakt. De uitspraken waarin de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten zijn weliswaar steeds via de term 'rechtsgevolgen' te vinden, maar deze uitspraken zijn eveneens gevonden via de uitgebreide zoekactie, waarbij van alle uitspraken van de CRvB die een vernietiging inhielden het dictum werd bekeken.

5.8 CONCLUSIES

In dit hoofdstuk is verslag gedaan van het kwantitatieve deel van het onderzoek. Daarin zijn de in de hoofdzaak gedane uitspraken in het jaar 2005 onderzocht van de Afdeling bestuursrechtspraak, kamers 1, 2 en 3, en van de CRvB, het CBB en twee rechtbanken. Daarbij moesten drie vragen worden beantwoord:

- Hoe vaak wordt gebruikgemaakt van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb)?
Het antwoord is te vinden in paragraaf 5.3: in 18% van de uitspraken (van de onderzochte instanties tezamen), waarbij een besluit is vernietigd, is zelf in de zaak voorzien.
- Hoe vaak wordt gebruikgemaakt van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten (art. 8:72, derde lid, Awb)?

Het antwoord is te vinden in paragraaf 5.4: in 9% van de uitspraken (van de onderzochte instanties tezamen), waarbij een besluit is vernietigd, zijn de rechtsgevolgen in stand gelaten.

- Hoe vaak leidt het gebruik van deze bevoegdheden tot een definitieve beslechting van het geschil?

In 22% van de uitspraken (van de onderzochte instanties tezamen) waarbij een besluit is vernietigd, heeft het gebruik van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien geleid tot een definitieve beslechting van het geschil.

Bij elkaar opgeteld, is van deze bevoegdheden dus gebruikgemaakt in 27% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd. Dat heeft in 22% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd geleid tot een definitieve beslechting van het geschil. De overige 78% van de vernietigingsuitspraken betreffen allerlei soorten gevallen, waarin meestal na de uitspraak nog een nieuw besluit moest worden genomen door het bestuursorgaan. Dat betekent niet dat in al die zaken het geschil helemaal niet is beslecht. Hier passen drie relativerende kanttekeningen.

Relativering 1. Ook met een enkele vernietiging kan de geschilbeslechting worden geholpen

Uitspraken die het geschil niet definitief beslechten, kunnen wel een belangrijke stap in die richting zijn. Die stap kan zelfs bijna finaal zijn. Er zijn gevallen waarin is volstaan met vernietiging, maar waarin de kern van het geschil zozeer is opgelost, dat de rechter in redelijkheid ervan uit kan gaan dat het geschil met zijn uitspraak is beslecht. Er kunnen dan praktische of technische redenen zijn om toch niet zelf in de zaak te voorzien. Tijdens de expert meeting die aan het einde van dit onderzoek is gehouden, is daarvan het voorbeeld gegeven, waarin de rechter in zijn uitspraak bepaalde dat het salaris van eiser moest worden berekend volgens een bepaalde, vaste formule. De berekening is bewerkelijk, maar levert naar ervaring geen stof tot nieuwe geschillen op. Daarom laat de rechter het nemen van het nieuwe besluit in zo'n geval over aan het bestuursorgaan. Toch is het geschil 'nagenoeg definitief' beslecht.

Deze laatste categorie zou idealiter moeten worden meegeteld als definitieve geschilbeslechting. Daar is evenwel van afgezien, omdat een betrouwbare telling van deze zaken alleen mogelijk is als het dossier wordt bestudeerd. Uit alleen de uitspraak van de rechter is (soms wel maar) niet altijd af te leiden of er na de vernietiging nog punten van geschil te verwachten zijn.

Er zijn ook gevallen waarin het geschil definitiever lijkt te zijn beslecht dan het in werkelijkheid is. Denk aan het geval waarin de rechter de weigering van een vergunning heeft vernietigd op grond van de overweging dat de vergunning had moeten worden verleend. Het is misschien verleidelijk om die gevallen mee te tellen als definitief beslechte geschillen. Maar dan ziet men over het hoofd dat na zo'n uitspraak een nieuw besluit moet worden genomen, weliswaar met inachtneming van de rechterlijke uitspraak, maar ook met inachtneming van gewij-

zige omstandigheden (feiten, regels en beleid). Ook kan er geschil ontstaan over de nadere vormgeving en invulling van de te verlenen vergunning. In zo'n dispuut kan soms bovendien de interpretatie van de rechterlijke uitspraak ter discussie komen te staan.

Relativering 2. Soms is met een enkele vernietiging het geschil definitief beslecht

Soms hoeft na een vernietiging geen nieuw besluit meer genomen te worden, omdat het geschil is beslecht door de enkele vernietiging van het bestreden besluit.

Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien het vernietigde besluit niet op een bezwaarschrift en ook niet op een aanvraag is genomen. Met de vernietiging is het besluit dan verdwenen. Als uit de uitspraak van de rechter blijkt dat het besluit niet had mogen worden genomen, is het geschil definitief beslecht. Als uit de uitspraak blijkt dat het besluit op zich misschien wel mocht worden genomen, maar dat er gebreken aan kleefden, dan is het geschil door de rechter niet definitief beslecht.

Er zijn dus wel gevallen waarin het geschil definitief kan worden beslecht zonder dat de rechter gebruikmaakt van de bevoegdheden om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. Dit kan zich slechts in bepaalde typen van zaken voordoen. De volgende drie typen kunnen worden onderscheiden:

- a Het vernietigde besluit is niet genomen op bezwaar, op administratief beroep of op een aanvraag en is ook geen besluit tot goedkeuring van een ander besluit.
- b Het bestreden besluit had bepaalde onderdelen niet mogen bevatten, maar na vernietiging van die onderdelen kan de rest van het besluit in stand blijven.
- c Bij of na vernietiging blijkt dat het nemen van een nieuw besluit geen redelijk doel meer dient als gevolg van een wijziging van feiten of omstandigheden.

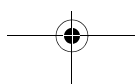
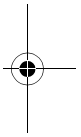
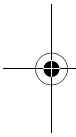
Deze drie typen van zaken konden niet in het kwantitatieve onderzoek worden betrokken, omdat zij niet met gebruik van zoektermen uit een databank te halen zijn, althans niet op een kwantitatief betrouwbare wijze. Met een steekproef is van deze zaken ook geen goed beeld te krijgen, omdat zij zich in verhouding tot het totale aantal zaken zo weinig voordoen, dat zelfs een grote steekproef waarschijnlijk slechts een fragmentarisch resultaat zou opleveren. Dat neemt niet weg dat het hier gaat om gevallen waarin het geschil definitief kan worden beslecht zonder dat de rechter gebruikmaakt van de bevoegdheden om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten.

Relativering 3. De meeste geschillen worden door de bestuursrechter definitief beslecht met een ongegrondverklaring of niet-ontvankelijkverklaring van het beroep

Als men het totale aantal uitspraken in de hoofdzaken in ogenschouw neemt, moet de conclusie worden getrokken dat de bestuursrechter verreweg de meeste geschillen definitief beslecht. De meeste beroepen worden immers ongegrond of niet-ontvankelijk verklaard.



Deze relativeringen nemen niet weg dat in een substantieel aantal zaken het geschil bij vernietiging niet definitief is beslecht met de rechterlijke uitspraak. Om in het verloop van die zaken meer inzicht te krijgen, zijn in de fasen 2, 3 en 4 van dit onderzoek interviews en een expert meeting gehouden en dossierstudies verricht.



6 Definitieve geschilbeslechting onder de Awb: mogelijkheden en grenzen in de rechtspraak

6.1 INLEIDING

In dit zesde hoofdstuk staan twee vragen centraal. Welke factoren zijn in de tegenwoordige praktijk van de bestuursrechter van invloed op de mogelijkheden om geschillen definitief te beslechten? En op welke manieren proberen de bestuursrechters de geschilbeslechting verder te verbeteren?

De rechter heeft in de Awb veel bevoegdheden gekregen om het geschil definitief te beslechten. Die zijn beschreven in hoofdstuk 4. In dat hoofdstuk kwam al naar voren dat de rechter van die bevoegdheden terughoudend gebruikmaakt. Hoe ver hij gaat, hangt volgens de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur vooral af van het antwoord op de volgende vier vragen:¹⁸¹

- Is er na de vernietiging rechtens meer dan één beslissing mogelijk in verband met bestuurlijke keuzevrijheid?
- Is voor een definitieve beslissing nieuw feitenonderzoek vereist dat door het bestuur moet worden verricht?
- Verzetten eventuele belangen van derden zich ertegen dat de rechter het geschil definitief beslecht?
- Zijn er formeel-procedurele belemmeringen voor definitieve beslechting van het geschil?

Dit zesde hoofdstuk bouwt voort op deze vier factoren: bestuurlijke keuzevrijheid (paragraaf 6.3), feitenonderzoek (paragraaf 6.4), derden (paragraaf 6.5) en belemmeringen van formeel-procedurele aard (paragraaf 6.6). Daarbij wordt bekeken in hoeverre deze factoren blijkens de verzamelde gegevens belemmerend zijn voor de mogelijkheden van de rechter om het geschil definitief te beslechten. Vervolgens worden nog twee andere factoren behandeld, die in de literatuur en de wetsgeschiedenis minder aandacht hebben gekregen en daarom in hoofdstuk 4 niet prominent naar voren zijn gekomen. Blijkens de gehouden interviews en de expert meeting zijn zij ook van invloed op de mogelijkheden van geschilbeslechting: nadere invulling en vormgeving van besluiten (paragraaf 6.7) en doorlooptijden en budgetten (paragraaf 6.8).

181. Deze vier vragen zijn ontleend aan de conclusies aan het slot van hoofdstuk 4.

Daarna wordt bekeken of op basis van de gevonden resultaten iets kan worden gezegd over de mogelijkheden tot verbetering van de geschilbeslechting (paragraaf 6.9). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusies.

In de hierna volgende paragraaf 6.2 wordt eerst uiteengezet hoe de voor de beantwoording van deze vragen benodigde gegevens zijn verzameld.

6.2 DE METHODEN WAARMEE DE GEBRUIKTE GEGEVENS ZIJN VERKREGEN

Voor de beantwoording van de centrale vragen van dit hoofdstuk moesten gegevens worden ontleend aan de uitspraken van bestuursrechters en aan hun praktijkervaringen. Deze gegevens zijn als volgt verzameld.

Codering van uitspraken waarbij zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten

Er is een kwalitatieve analyse verricht van de uitspraken waarbij de rechter zelf in de zaak heeft voorzien of de rechtsgevolgen in stand heeft gelaten. Deze uitspraken waren gevonden bij het kwantitatieve onderzoek (waarvan verslag is gedaan in hoofdstuk 5). Zij zijn gelezen en gecodeerd op kenmerken (de opzet van het onderzoek als geheel is beschreven in paragraaf 2.4.2). In Bijlage 3 is het coderingsschema opgenomen dat in dit deel van het onderzoek is gebruikt.

Interviews met bestuursrechters

Er zijn interviews gehouden met twaalf ervaren bestuursrechters. Het waren open interviews, waarbij de interviewer een structurerende vragenlijst gebruikte. De gebruikte vragenlijst is opgenomen als Bijlage 2 bij dit onderzoeksrapport. Van ieder interview is een afzonderlijk verslag opgemaakt, dat ter controle is verstuurd aan de geïnterviewde rechter. Die kreeg de gelegenheid het verslag te corrigeren indien verduidelijking nodig was van hetgeen was gezegd of bedoeld.

De interviews zijn gehouden bij zes verschillende rechterlijke colleges: de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en drie verschillende rechtbanken. Per college zijn twee rechters geïnterviewd. Bij ieder interview waren één rechter en twee onderzoekers aanwezig. Voorafgaande aan ieder interview is door de onderzoekers toegezegd dat van hetgeen uit het interview naar voren zou komen op zo'n manier verslag zou worden gedaan, dat niets te herleiden zou zijn tot de persoon van de geïnterviewde rechter.

In deze interviews is gevraagd naar het gebruik van de bevoegdheden om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. De resultaten van dat deel van de interviews konden bijdragen aan de verklaring van de bij de codering van uitspraken gevonden resultaten. Vervolgens is in de interviews gevraagd naar andere activiteiten van de rechter die van belang kunnen zijn voor de geschilbeslechting: het passeren van vormgebreken, het feitenonderzoek, het vooronderzoek, het onderzoek ter zitting, hervatting van het vooronderzoek, heropening van het onderzoek en de mogelijkheden die de artikelen 6:18 en 6:19 Awb bie-

den. De relevantie van deze onderwerpen voor de geschilbeslechting, kon worden ontleend aan de wetsgeschiedenis en de literatuur, zoals die zijn beschreven in hoofdstuk 4 van dit rapport. Aan de rechters is ook gevraagd welke andere activiteiten naar hun ervaring van belang zijn voor de geschilbeslechting en of zij mogelijkheden tot verdere verbetering van de geschilbeslechting zien.

In de interviews is geprobeerd zo goed mogelijk zicht te krijgen op de wijze waarop de rechter het geschil tracht te beslechten en door welke factoren hij daarin wordt belemmerd.

Expert meeting

Ten slotte zijn de resultaten voorgelegd aan een expert meeting, waaraan is deelgenomen door tien zeer ervaren bestuursrechters. Voorafgaande aan deze expert meeting hebben de deelnemende rechters een samenvatting toegestuurd gekregen van de voorlopige resultaten van het kwantitatieve onderzoek (dus het aantal uitspraken waarbij zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten) en van de coderingen en de interviews. Ook is aan de deelnemers tevoren een vragenlijst toegestuurd, die tijdens de expert meeting is besproken. Deze vragenlijst is opgenomen in Bijlage 5.

6.3 BESTUURLIJKE KEUZEVRIJHEID

6.3.1 Inleiding

Het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten mag volgens de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie de bestuurlijke keuzevrijheid niet doorkruisen. Het nieuwe besluit moet volledig bepaalbaar zijn, zonder dat er nog belangrijke voorvragen moeten worden beantwoord. Dit beeld, ontleend aan de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie, werd in de interviews in belangrijke mate bevestigd. Bestuursrechters zijn zich er doorlopend van bewust dat zij de bestuurlijke keuzevrijheid niet mogen doorkruisen.

In paragraaf 6.3.2 wordt eerst ingegaan op de vraag in hoeverre het criterium 'als er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is' in de praktijk wordt toegepast. In paragraaf 6.3.3 worden gevallen besproken waarin het bestuur feitelijk geen keuzevrijheid meer heeft. In paragraaf 6.3.4 zal blijken in welke gevallen de rechter het geschil definitief beslecht als het bestuur nog wel keuzevrijheid heeft.

6.3.2 *Het criterium 'als er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is'* *Het onderzoek naar beslissingsalternatieven*

In deze paragraaf wordt bekeken hoe de rechters omgaan met de restrictie dat zij de bestuurlijke keuzevrijheid niet mogen doorkruisen. Gebruiken zij hun bevoegdheden tot definitieve geschilbeslechting inderdaad alleen als er geen keuzevrijheid meer is? En met behulp van welke methode komen zij erachter of het bestuur nog keuzevrijheid heeft?

Aan de hand van de ingevulde coderingslijsten kon worden vastgesteld dat in de uitspraken waarbij de rechters in het jaar 2005 zelf in de zaak hebben voorzien,

het vaak ging om gevallen waarin uit het recht voortvloeide welk besluit er genomen moest worden. In ongeveer 90% van de uitspraken waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak zelf in de zaak voorzag, kon dat worden herleid tot het oordeel dat er onder de gegeven omstandigheden rechtens nog maar één beslissing mogelijk was. Bij de CRvB en het CBB en de rechtbanken kon dat in ongeveer 85% van de uitspraken. In de overige gevallen kon de rechter zelf in de zaak voorzien omdat het bestuursorgaan zijn keuzevrijheid zelf al had ingevuld voordat de rechter uitspraak deed, bijvoorbeeld door het geven van een nieuwe onderbouwing van het besluit of door toe te geven dat er beter een ander besluit met een bepaalde inhoud zou kunnen worden genomen.

De uitspraken waarin de rechter de rechtsgevolgen in stand liet, geven een omgekeerd patroon te zien. In slechts 4% (één geval) van de 27 uitspraken waarin de Afdeling die bevoegdheid gebruikte, werden de rechtsgevolgen in stand gelaten omdat het rechtens noodzakelijk was.¹⁸² Bij de CRvB is dat percentage 10%. En bij de rechtbanken 5%.¹⁸³ In de meeste andere gevallen werden de rechtsgevolgen in stand gelaten omdat een nieuwe onderbouwing of een nieuwe grondslag aan het besluit kon worden gegeven of omdat een onbevoegd genomen besluit door het bevoegde orgaan was bekrachtigd. In die gevallen was er rechtens nog wel keuzeruimte voor het bestuur, maar stond al vast dat het bestuur die keuzeruimte niet zou gebruiken om tot een besluit met een ander resultaat te komen.

Zelf in de zaak voorzien gebeurt dus maar zeer weinig in gevallen waarin rechtens nog meer dan één beslissing mogelijk is. Maar de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten blijkt in die gevallen beter bruikbaar. Uit de interviews is gebleken dat hierbij een rol speelt dat het in stand laten van de gevolgen vaak geen doorkruising van de bestuurlijke keuzevrijheid impliceert. De rechter gaat niet pontificaal op de stoel van het bestuur zitten, omdat hij de beslissing van het bestuur juist materieel in stand laat.

In de interviews is het resultaat van de coderingslijsten bevestigd. De eerste reactie van rechters op de vraag wanneer zij zelf in de zaak voorzien, luidt 'als er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is'. Bij het in stand laten van de rechtsgevolgen is de terughoudendheid minder groot dan bij het zelf in de zaak voorzien. Maar ook met het gebruik van die eerste bevoegdheid is de rechter terughoudend, omdat wel duidelijk moet zijn dat het bestuur, als het opnieuw in de zaak zou voorzien, tot een identiek resultaat zou komen. Bij het gebruik van beide bevoegdheden onderzoekt de rechter dus welke beslissingalternatieven het bestuur heeft. Uit de interviews is een beeld naar voren gekomen van de wijze waarop de rechter hiermee omgaat. Wij zullen dit verder noemen het 'onderzoek naar beslissingalternatieven'.

Bij de beantwoording van de vraag welke beslissingalternatieven het bestuur nog heeft, beperkt de rechter zich niet tot het toetsen aan wettelijke voorschriften, maar kijkt hij ook naar het toepasselijke beleid (als dat er is). Als uit het samenstel van wettelijke voorschriften en toepasselijk beleid voortvloeit dat er nog maar één

182. In dat geval moest de rechter een *reformatio in peius* voorkomen. Bij de CRvB was dat ook een paar keer de reden.

183. Van het CBB noemen wij geen percentage omdat het maar om 13 uitspraken ging. In 4 daarvan was er rechtens nog maar één beslissing mogelijk.

beslissing overblijft, kan de rechter het geschil definitief beslechten. Ter zitting of, daaraan voorafgaande, in schriftelijke vragen aan het bestuursorgaan zal de rechter zich ervan vergewissen of het bestuursorgaan ruimte ziet om in het concrete geval van het beleid af te wijken. Afhankelijk van het antwoord daarop kan de rechter beslissen om te volstaan met vernietiging of het geschil definitief beslechten.

De beginselen van behoorlijk bestuur spelen hierbij tot op zekere hoogte een rol. Zij zijn soms aanleiding om zelf in de zaak te voorzien. Daarbij vallen vooral op het rechtszekerheidsbeginsel, waarnaar in totaal 21 keer expliciet werd verwezen en het evenredigheidsbeginsel, waarnaar acht keer expliciet werd verwezen. Bij het evenredigheidsbeginsel ging het veelal om geschillen over sancties.

Het Europese recht is soms aanleiding om zelf in de zaak te voorzien. In totaal is dat in 30 uitspraken aangetroffen, maar daaronder valt ook een reeks van 22 identieke gevallen (zie daarover paragraaf 5.3).

Ook artikel 6 EVRM en artikel 15 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) bieden soms (15 keer) een grond voor definitieve geschilbeslechting (met name in zaken over boetes, zie hieronder paragraaf 6.3.4 onder d).

De rechter gaat in het onderzoek naar beslissingsalternatieven dus na of uit het samenstel van wet, beleid, beginselen, Europees recht en mensenrechten in het concrete geval voortvloeit dat er nog maar één beslissing genomen kan worden. De vraag is nu hoe ver de rechter met dit onderzoek naar beslissingsalternatieven gaat. In abstracto komt de zojuist geformuleerde methode neer op de vraag: 'wat zegt het recht over deze zaak?' Maar de rechter beperkt zich conform de jurisprudentie tot de rechtsgronden die vallen binnen het volgens artikel 8:69 Awb begrensde geschil. Dat is het geschil over de twistpunten die partijen aan de rechter voorleggen (zie paragraaf 4.3). Een rechtsgrond die weliswaar een reden zou kunnen zijn om zelf in de zaak te voorzien, maar die geen betrekking heeft op de punten waar het partijen in hun geschil om gaat, kan alleen gebruikt worden indien hij van openbare orde is. Dan moet het gaan om rechtsregels die de bevoegdheid of ontvankelijkheid betreffen. Dat komt regelmatig voor (zie paragraaf 6.3.3 onder a).

Ook binnen de grenzen van artikel 8:69 kan de rechter verder of minder ver gaan met zijn onderzoek naar beslissingsalternatieven. Als de rechter het tot zijn taak rekent om het geschil over de beslissingsalternatieven op te lossen, treedt hij daarmee nog niet buiten de grenzen van artikel 8:69 Awb. Of de rechter overgaat tot een onderzoek naar beslissingsalternatieven, hangt niet af van de Awb maar van zijn taakopvatting. Hanteert hij een toetsingsperspectief, dan beperkt hij zich in beginsel tot een oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Hanteert hij een geschilbeslechtingsperspectief, dan probeert hij zijn oordeel uit te breiden tot de beslissingsalternatieven. Op het ene rechtsgebied gaat dat beter dan op het andere.

Op terreinen waar het bestuur beschikt over ruime discretionaire bevoegdheden, is het in de ogen van de rechters doorgaans beter om te volstaan met een vernietiging en het onderzoek naar de beslissingsalternatieven over te laten aan het bestuur. De reden daarvan is dat het proces bij de rechter anders zou worden uitgebreid met een bewerkelijke en tijdrovende extra fase, waarin keuzes moeten worden gemaakt

die primair tot de verantwoordelijkheden van het bestuur behoren. Daardoor zou bovendien het gevaar opdoemen dat de verantwoordelijkheid voor de te maken keuze te veel op het bord van de rechter wordt gelegd. Als er bovendien belangen van derden kunnen worden geraakt door de te maken keuze, is dat een extra reden voor terughoudendheid. Men ziet dan ook dat rechters die werkzaam zijn op het terrein van de ruimtelijke ordening, zichzelf *op dat terrein* in beginsel als een toetsers of een 'grensrechter' kwalificeren, terwijl zij zich op andere terreinen, waar de bestuurlijke vrijheid veel meer is ingeperkt, ook een geschilbeslechter noemen. Rechters die overwegend te maken hebben met bestuurlijke bevoegdheden die in hoge mate gebonden zijn, zoals in de sociale zekerheid, geven er blijk van meer te werken vanuit een geschilbeslechtingsperspectief. Zij vertelden in de interviews ook vrij uitvoerig over de wijze waarop zij het onderzoek naar beslissingsalternatieven verrichten, zowel ter zitting als ook daaraan voorafgaand.

De gevallen waarin de rechter het geschil definitief kan beslechten blijken niet beperkt te zijn tot die waarin er 'rechtens nog maar één beslissing mogelijk is'. Daarnaast zijn er gevallen waarin het recht nog ruimte laat voor verschillende beslissingsalternatieven, maar de rechter de discussie over die alternatieven in het proces laat plaatsvinden voordat hij uitspraak doet. Hoe ver de rechter daarin gaat, hangt in de eerste plaats af van de mate waarin het recht de beslissingsalternatieven normeert.

6.3.3 *Definitieve geschilbeslechting als er geen keuzevrijheid (meer) is*

De meeste gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorzag zijn onder te brengen in een van de volgende categorieën.

a Herstel van fouten in de procedurele afdoening van bezwaarschriften

Hieronder vallen in de eerste plaats de gevallen waarin het bestuursorgaan om procedurele redenen nog maar één beslissing kan nemen, die dan uit een oogpunt van finaliteit beter door de rechter kan worden genomen.

De bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien wordt door de bestuursrechter gebruikt om fouten in de procedurele afdoening van bezwaarschriften te herstellen. Als het bezwaarschrift niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, maar door het bestuursorgaan ten onrechte in behandeling is genomen, dan vernietigt de bestuursrechter het besluit op bezwaar. Hij voorziet dan zelf in de zaak door het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk te verklaren. Het kan hierbij gaan om niet-ontvankelijkheid wegens termijnoverschrijding bij de indiening van het bezwaarschrift (art. 6:7 Awb). Het gaat ook om gevallen waarin het bezwaar was gericht tegen een handeling waartegen geen bezwaar en beroep openstaat, waarin het bezwaar is ingediend door iemand die geen belanghebbende was (art. 1:2 Awb) of waarin het beslissende orgaan reeds in de primaire fase onbevoegd was.

b Voor het genomen besluit ontbreekt een grondslag

Vaak vernietigt de rechter een besluit omdat er geen 'grondslag' voor is. Het kan gaan om het ontbreken van een feitelijke grondslag of van een rechtsgrondslag.

Doorgaans ligt het ene in het verlengde van het andere. Het oordeel van de rechter komt er dan op neer dat de feiten, voorzover zij zijn komen vast te staan, onvoldoende grondslag vormen voor de uitoefening van een aan de wet ontleende bevoegdheid.

Dit kan tot gevolg hebben dat de bevoegdheid van het bestuursorgaan helemaal niet kan worden uitgeoefend, omdat bepaalde, voor de bevoegdheidsuitoefening essentiële feiten, aan het besluit zijn komen te ontvallen. Bijvoorbeeld: de terugvordering van een uitkering moet geheel worden herroepen, omdat de feitelijke grondslag geheel blijkt te ontbreken. Dan wordt het besluit op bezwaar vernietigd en het primaire besluit herroepen. Die herroeping is mogelijk dankzij artikel 8:72 lid 4 Awb. Het gevolg van de herroeping van het primaire besluit is dat het bestuursorgaan niet meer de mogelijkheid heeft om het primaire besluit in stand te laten door het bezwaar opnieuw ongegrond te verklaren. Zou de rechter hebben volstaan met vernietiging van het besluit op bezwaar, dan zou het bestuursorgaan nog de mogelijkheid hebben gehad om het primaire besluit te 'redden' door het alsnog van een goede grondslag te voorzien. Het bestuursorgaan zou misschien willen proberen om de feitelijke grondslag te repareren, bijvoorbeeld door nieuw bewijs te vergaren of een nieuw onderzoek te verrichten. Maar als de rechter als vaststaand aanneemt dat de benodigde feitelijke grondslag ontbreekt, dan valt er in zijn ogen niets te repareren en kan hij het primaire besluit herroepen.

Het is ook mogelijk dat het bestuursorgaan zijn bevoegdheid wel mocht uitoefenen, maar alleen met minder vergaande gevolgen dan waartoe het bij het bestreden besluit heeft beslist. Bijvoorbeeld: bij de terugvordering van een uitkering blijkt voor een deel van het teruggevorderde bedrag een grondslag te ontbreken. Dan vernietigt de rechter het bestreden besluit. Als het daarbij blijft, is het in beginsel aan het bestuursorgaan om zijn besluit aan te passen. Maar er zijn gevallen waarin de rechter al weet waar dat nieuwe besluit dan op neer zal komen, omdat de feitelijke grondslag voor de terugvordering van het andere deel van het bedrag al voldoende vaststaat. In dat geval kan hij zelf in de zaak voorzien. In het voorbeeld van de uitkering zal hij dan een lager terug te vorderen bedrag vaststellen.

c Alternatieve grondslag na een foute grondslag

In 74 zaken heeft de Centrale Raad de rechtsgevolgen in stand gelaten omdat het besluit weliswaar op een onjuiste grondslag was gebaseerd, maar met gebruikmaking van een andere grondslag hetzelfde resultaat zou worden bereikt. Meestal ging het dan om gevallen waarin de door het bestuursorgaan aan het belastend besluit ten grondslag gelegde feiten niet waren komen vast te staan, maar wel was komen vast te staan dat de belanghebbende een verplichting tot het geven van inlichtingen niet was nagekomen. Als daardoor (de omvang van) het recht op bijstand in de in geding zijnde periode niet kan worden vastgesteld, kan daarin een reden worden gezien om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.¹⁸⁴ Het bestuursorgaan had dan rechtens niet meer de ruimte om anders te beslissen.

¹⁸⁴. Overigens is het enkele feit dat de inlichtingenplicht is geschonden op zichzelf onvoldoende reden om de rechtsgevolgen in stand te laten.

d Omtrent goedkeuring van bestemmingsplannen

De bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak relatief vaak gebruikt bij de afdoening van geschillen over de goedkeuring van bestemmingsplannen. Besluiten tot vaststelling van een bestemmingsplan worden genomen door de gemeenteraad. Zo'n besluit moet worden goedgekeurd door gedeputeerde staten, anders treedt het niet in werking. Tegen het vaststellingsbesluit van de gemeenteraad staat geen beroep open, maar tegen het goedkeuringsbesluit van gedeputeerde staten staat beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Die kan het goedkeuringsbesluit vernietigen indien zij van oordeel is dat er een rechtmatigheidsgebrek aan kleeft. Als de Afdeling volstaat met vernietiging, moeten gedeputeerde staten een nieuw besluit nemen omtrent goedkeuring. Heeft de Afdeling geoordeeld dat het bestemmingsplan niet had mogen worden vastgesteld, dan volgt daaruit dat gedeputeerde staten goedkeuring hadden moeten onthouden. Omdat gedeputeerde staten in zo'n geval na de vernietiging geen andere keuze hebben dan goedkeuring te onthouden, kan de Afdeling daar beter zelf toe beslissen en bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van gedeputeerde staten (dat wil zeggen zelf in de zaak voorzien).

In deze gevallen valt op dat de Afdeling het gebruik van artikel 8:72 lid 3 Awb (rechtsgevolgen in stand laten) lijkt te vermijden. Als goedkeuring is onthouden op een verkeerde grond, terwijl de goedkeuring had moeten worden onthouden op een andere grond, dan past de Afdeling lid 4 (zelf voorzien) toe en niet lid 3. De verklaring hiervoor wordt door de Afdeling gegeven. Als lid 3 zou worden toegepast, zou de gemeenteraad, als hij op grond van artikel 30 van de Wet op de ruimtelijke ordening een nieuw bestemmingsplan vaststelt, de motivering van het besluit tot onthouding van goedkeuring door gedeputeerde staten in acht moeten nemen.¹⁸⁵ Maar dat besluit wordt nu juist vernietigd omdat het was gebaseerd op een verkeerde grond. Als de Afdeling zelf in de zaak voorziet (lid 4), doet dit probleem zich niet voor. De uitspraak van de Afdeling treedt dan in de plaats van het besluit van gedeputeerde staten, zodat de overwegingen van de Afdeling in de plaats treden van de motivering van het vernietigde besluit.

In 2005 heeft de Afdeling 86 keer met toepassing van artikel 8:72 lid 4 Awb zelf goedkeuring aan een bestemmingsplan onthouden. In het licht van het voorafgaande is het duidelijk hoe dit kan worden verklaard: bij de vernietiging van het besluit van gedeputeerde staten staat vaak al vast tot welk besluit het herstel van het gebrek zal leiden, namelijk tot onthouding van goedkeuring. Daarnaast zijn er natuurlijk ook gevallen waarin bij de vernietiging van het besluit van gedeputeerde staten nog niet vaststaat wat er moet gebeuren. Als een goedkeuringsbesluit bijvoorbeeld is vernietigd omdat de motivering niet deugde, hebben gedeputeerde staten vaak nog discretionaire ruimte na de vernietiging. Daarom zijn er ook veel gevallen waarin de Afdeling volstaat met de vernietiging van het besluit van gedeputeerde staten, die daarna een nieuw besluit moeten nemen.

185. Artikel 30 WRO bepaalt dat de gemeenteraad bij het vaststellen van een nieuw bestemmingsplan 'het besluit van gedeputeerde staten' in acht moet nemen.

Soms *verleent* de Afdeling, zelf in de zaak voorzien, de goedkeuring. Daarvan zijn dertien gevallen aangetroffen. Dat dit veel minder vaak voorkomt dan het omgekeerde geval, is verklaarbaar. Het zelf verlenen van goedkeuring is een definitieve beslechting van het geschil (of een onderdeel daarvan, als het slechts gaat om een onderdeel van het bestemmingsplan). Het zelf onthouden van goedkeuring is geen definitieve beslechting van het geschil, omdat de gemeenteraad daarna op grond van artikel 30 WRO een nieuw bestemmingsplan moet vaststellen. Hoewel met deze toepassing het geschil dus niet echt definitief wordt beslecht, bevordert zij toch de geschilbeslechting. Want als de Afdeling zou volstaan met vernietiging van het besluit van gedeputeerde staten, dan zouden vervolgens gedeputeerde staten zelf de goedkeuring moeten onthouden, waarna de gemeenteraad alsnog in de situatie zou belanden waarin hij een nieuw bestemmingsplan ingevolge artikel 30 WRO moet vaststellen. Dat zou een overbodige vertragende tussenstap zijn.

6.3.4 *Definitieve geschilbeslechting als er nog wel bestuurlijke keuzevrijheid is*

Als uit het toepasselijke recht niet rechtstreeks volgt welk besluit na vernietiging moet worden genomen, zullen velen verwachten dat er niet zelf in de zaak zal worden voorzien en dat de rechtsgevolgen niet in stand zullen worden gelaten. In de interviews is ook gebleken dat dit de eerste reactie is van rechters op de vraag wanneer deze bevoegdheden gebruikt worden. Ter motivering van deze gedragslijn wijzen zij op de machtenscheiding tussen rechter en bestuur, op de daarop gebaseerde jurisprudentie en op de bedoeling van de wetgever.

Toch blijkt uit de gecodeerde uitspraken dat er gevallen zijn waarin de rechter met behulp van een van de bovengenoemde bevoegdheden het geschil definitief beslecht, terwijl er nog verschillende beslissingalternatieven voor het bestuursorgaan openstaan. Zo'n definitieve beslechting in geval van beslissingsruimte kan zich in verschillende varianten voordoen. Hieronder worden de meest voorkomende besproken. Het gaat globaal gezegd om gevallen waarin er nog beslissingsvrijheid is, maar het bestuur al weet hoe het die vrijheid wil gaan gebruiken, of om gevallen waarin de rechter een primaire taak heeft. Bij dat laatste moet men vooral denken aan bestuurlijke strafsancities, zoals de boete. Men kan dus niet de conclusie trekken dat de rechter alleen tot definitieve geschilbeslechting overgaat indien vaststaat dat 'rechtens nog maar één besluit mogelijk is'.

Niet alle rechters zijn geheel overtuigd van de juistheid van de beperkingen die zij in acht moeten nemen. Een aantal rechters uit de rechtbanken hebben duidelijk aangegeven dat zij zich afvragen of de rechter niet vaker zelf de knoop zou moeten doorhakken, ook als er voor het bestuur nog verschillende beslissingsalternatieven mogelijk zijn. Daarbij dachten deze rechters vooral aan langlopende geschillen, waarin de rechter soms meer dan eens uitspraak moet doen en waarin het bestuur soms ernstig tekortschiet. In dergelijke gevallen bestaat behoefte aan geschilbeslechting en rechtszekerheid. Die behoefte kan bestaan bij de burger die het beroepschrift heeft ingediend, maar ook bij een andere partij, zoals een vergunninghouder wiens vergunning langdurig voorwerp van geschil blijft. Het respect voor de bestuurlijke keuzevrijheid kan de rechtszekerheid van de indiener of de derde, zoals de vergunninghouder, ernstig aantasten. Eén van deze rechters

vond de tijd rijp om de theorie van de machtenscheiding enigszins te relativeren, in die zin dat er gevallen zijn waarin de behoefte aan geschilbeslechting en rechtszekerheid zwaarder zou moeten wegen dan het belang dat met de machtenscheiding is gediend.

a Alternatieve grondslag na een foute grondslag

Als tijdens de procedure het bestuursorgaan aan de rechter duidelijk maakt dat het de alternatieve bevoegdheid zal gaan gebruiken, kan de rechter bepalen (of controleren) hoe de uitkomst zal luiden. Niet omdat er geen beleidsruimte meer is (want die is er wel), maar omdat al vaststaat hoe die ruimte zal worden gebruikt. De rechter kan het geschil definitief beslechten omdat hij er tijdens de procedure achter is gekomen hoe het bestuursorgaan zijn keuzeruimte wil gaan invullen. Anders gezegd: het komt erop aan in hoeverre de rechter en partijen de resterende beslissingsalternatieven in het geding betrekken. Dit komt niet vaak voor, maar er zijn vijf voorbeelden van gevonden.

b Nadere motivering of belangenafweging tijdens de procedure

Als de rechter constateert dat een besluit niet goed is onderbouwd, kan hij het besluit op die grond vernietigen en het bestuur opnieuw laten beslissen met een betere onderbouwing. De vernietigingsgrond kan dan liggen in de gebrekkige motivering of – voorzover dat niet samenvalt – een gebrek in de belangenafweging. Het geschil is dan niet definitief beslecht. Maar als de rechter erin slaagt om tijdens de procedure, voordat hij tot zijn uitspraak komt, opheldering te verkrijgen over een alternatieve onderbouwing voor het bestreden besluit, kan hij wellicht de rechtsgevolgen in stand laten. Dat gebeurde in totaal 50 keer met een nadere motivering van de kant van het bestuur.

Soms biedt een nadere onderbouwing van het besluit de rechter voldoende houvast om het geschil definitief te beslechten, maar is er wel een wijziging van de strekking van het besluit nodig of wenselijk. Dan kan de rechter zelf in de zaak voorzien. Voor zover de wijziging van de strekking van het besluit rechtens geboden is, is de rechter zonder meer gelegitimeerd om zelf in de zaak te voorzien. Als de wijziging niet rechtstreeks uit het recht voortvloeit, kan de rechter in overleg met partijen nagaan of er een beslissingsalternatief te vinden is waar beide partijen zich bij neerleggen. Bij de codering van uitspraken kon niet worden vastgesteld in hoeveel zaken dat gebeurde was. Uit de interviews is gebleken dat deze aanpak soms wordt gevolgd. Zo kunnen partijen instemmen met een datum per welke een uitkering wordt ingetrokken of met de hoogte van het bedrag van een terugvordering. En het is bijvoorbeeld mogelijk dat beide partijen instemmen met een bepaalde formulering van een vergunningvoorschrift.

Een nieuwe motivering tijdens de beroepsprocedure kan ook leiden tot een ongegrondverklaring van het beroep. De rechter passeert dan het geconstateerde motiveringsgebrek. Zie daarover paragraaf 4.8.

Uit de interviews blijkt dat al deze wegen worden bewandeld, maar zeker niet in alle zaken. In veel gevallen volstaat de rechter met een vernietiging wegens onzorgvuldige voorbereiding of gebrekkige motivering. Om meer te kunnen doen dan dat, moet de rechter onderzoeken op welke wijze de motivering of de

belangenafweging kan worden verbeterd. Het hangt er dus van af in hoeverre de rechter het als zijn taak ziet om de procedure uit te breiden met het geschil over het herstel van de door het bestuur gemaakte fout. En voorzover dat herstel leidt tot een wijziging van de inhoudelijke strekking van het besluit, komt het erop aan in hoeverre de rechter de resterende beslissingalternatieven onderzoekt.

c Geschillen waarin de zaak al te lang loopt

In de interviews gaven verschillende rechters aan dat zij erop letten hoe lang een zaak al loopt en of het niet beter is er maar gewoon een punt achter te zetten. Bij ambtshalve besluiten in de sfeer van de handhaving kan dat een reden zijn om het primaire besluit te herroepen. In geschillen waarin derden belang kunnen hebben bij de uitkomst van de procedure, is de rechter daarmee voorzichtig. Hij wil bijvoorbeeld voorkomen dat door zijn uitspraak voortaan overlast wordt toegebracht aan andere burgers. Maar in geschillen tussen twee partijen, zoals bij de intrekking of terugvordering van uitkeringen, kan de rechter zich meer veroorloven.

In enkele van de gecodeerde uitspraken komt men dit soort overwegingen tegen: de lang slepende procedure, al dan niet in combinatie met de leeftijd van de eiser en al dan niet in combinatie met de wijze waarop het bestuursorgaan de eiser in de loop der jaren heeft bejegend. Ook komt men soms een overweging tegen waarin doorklinkt dat het verwerende bestuursorgaan nu al voor de zoveelste keer dezelfde fout heeft gemaakt en dat het nu wel genoeg kansen heeft gehad. Uit de interviews is gebleken dat rechters zich alleen in uitzonderingsgevallen door deze motieven laten leiden.

d Bestuurlijke boetes

De bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien wordt door de bestuursrechter soms gebruikt om zelf de hoogte van een boete te kunnen vaststellen. Het gaat dan steeds om een herroepen of lager vaststellen van de boete.

De Centrale Raad van Beroep voorzag 18 keer zelf in een zaak over een boete. Drie keer herriep hij het primaire besluit geheel omdat daaraan de grondslag was komen te ontvallen. Redenen om de boete lager vast te stellen worden soms gevonden in artikel 6 Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en artikel 15 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) (zeven keer), waarin ook één keer een reden werd gevonden om de boete geheel te herroepen. De bepaling van artikel 15 IVBPR is van belang als de voorschriften over (de hoogte van) de boete intussen zijn gewijzigd ten gunste van de overtreder. Die moet daar dan van profiteren. Artikel 6 EVRM is met name van belang als de redelijke termijn is verstreken. In één geval werd in langdurig stilzitten van het bestuursorgaan een reden gezien om de boete te herroepen zonder dat er een beroep werd gedaan op artikel 6 EVRM (het dossier was twee jaar blijven liggen). Verder kwam het een keer voor dat het bestuursorgaan zelf al aankondigde dat het het boetebesluit in geval van vernietiging zou gaan herroepen, een keer dat het bestuursorgaan het boetebesluit 'niet handhaafde.'

De andere bestuursrechters hebben minder vaak met boetebesluiten te maken. Bij de Afdeling is hiervan maar één voorbeeld aangetroffen. Het CBb heeft in twee gevallen de boete verlaagd en in twee gevallen bepaald dat er helemaal geen

boete mag worden opgelegd. Rechtbank 2 heeft een keer een boetebesluit herroepen omdat de feitelijke grondslag eraan ontvallen was.

In de gevonden uitspraken heeft de rechter zelf bepaald of en tot welk bedrag een boete kon worden opgelegd. De vaststelling van de hoogte van een boete is goed verenigbaar met de taak van de rechter. Dat bleek al in paragraaf 4.5.4.1, waar is ingegaan op de opvatting dat de rechter in geschillen over punitieve sancties een primaire taak heeft. Omdat de bestuursrechter een met de strafrechter vergelijkbare taak vervult, ligt het eerder voor de hand dat hij zelf in de zaak voorziet. In de zojuist genoemde paragraaf wordt ook gewezen op de verplichting die volgens de Vierde tranche aan de rechter zal worden opgelegd om in geschillen over bestuurlijke boetes zelf in de zaak te voorzien.

Uit de bevindingen van dit onderzoek en de intenties achter de Vierde tranche kan men niet afleiden dat de bestuursrechter op dit moment altijd zelf in de zaak voorziet als het bestreden besluit een bestuurlijke boete is. Er zijn ook gevallen waarin de rechter het besluit op bezwaar gewoon vernietigt, zodat het bestuursorgaan een nieuw besluit op het bezwaar tegen de opgelegde boete moet nemen.¹⁸⁶

6.3.5 Conclusie

Bestuursrechters houden zich zeer strikt aan de regel dat zij door het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten de bestuurlijke keuzevrijheid niet mogen doorkruisen. Dat volgt uit de gecodeerde uitspraken en dat blijkt ook uit de interviews. In de expert meeting kwam hetzelfde beeld naar voren. Het nieuwe besluit moet volledig bepaalbaar zijn, zonder dat er nog belangrijke voorvragen moeten worden beantwoord.

Maar de gevallen waarin de rechter het geschil definitief kan beslechten blijven niet beperkt tot die waarin er 'rechtens nog maar één beslissing mogelijk is'. Daarnaast zijn er gevallen waarin het recht nog ruimte laat voor verschillende alternatieven, maar de rechter de discussie over die alternatieven in het proces laat plaatsvinden voordat hij uitspraak doet. Dat doet hij in gevallen waarin er nog beslissingsvrijheid is, maar het bestuur al te kennen heeft gegeven hoe het die vrijheid wil gaan gebruiken. En er zijn gevallen waarin de rechter een primaire taak heeft, zodat hij een volledige en indringende toetsing kan verrichten. De voorbeelden die daarvan zijn aangetroffen, hadden betrekking op bestuurlijke boetes. Daarnaast zou men kunnen denken aan geschillen over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.¹⁸⁷ Ten slotte komt het bij wijze van uitzondering voor dat de rechter op eigen gezag een einde maakt aan een langlopend geschil, om de enkele reden dat partijen (in het bijzonder het bestuursorgaan) er zelf niet in blijken te slagen een oplossing te vinden.

¹⁸⁶. Een voorbeeld uit het onderzoeksjaar 2005 is CbB 7 december 2005, LJN: AU8309.

¹⁸⁷. Zie daarover paragraaf 4.5.4.1.

6.4 FEITENONDERZOEK EN BEWIJS

6.4.1 *Inleiding*

Wat de feitenvaststelling betreft verschillen de geïnterviewde rechters, evenals de rechters die deelnamen aan de expert meeting, van mening. Een deel van de rechters benadrukt dat het vaststellen van de feiten 'des rechters' is of in ieder geval dat de rechter zich bij de toetsing op het punt van de feitenvaststelling niet terughoudend behoeft op te stellen. Het andere deel benadrukt juist dat het feitenonderzoek en de feitenvaststelling tot de bestuurlijke taak behoren en dat de rechter zich in beginsel dient te beperken tot het controleren van de wijze waarop het bestuur zich van die taak heeft gekwetend. Maar ook de eerste groep rechters wijst erop dat het een kwestie van tijdsbesteding kan zijn of de rechter de feitenvaststelling op zich neemt en dat het niet de bedoeling is dat de rechter de feiten vaststelt indien het bestuur duidelijke stekken heeft laten vallen. Tijdens de expert meeting bleek dat de meningen over de rechterlijke taak ten aanzien van de feiten sterk uiteenlopen. Globaal gesproken was men het er wel over eens dat het bestuur primair verantwoordelijk is voor het onderzoek naar en de vaststelling van de feiten omdat het nu eenmaal als eerste aan zet is in het geschil over de feiten, en het niet goed zou zijn om dat geschil in de rechterlijke fase geheel opnieuw te laten beginnen. Ook waren de rechters het er wel over eens dat er allerlei situaties zijn waarin de rechter het bestuur moet kunnen opdragen de feiten opnieuw te onderzoeken. Verschil van mening bleef evenwel bestaan over de vraag hoe ver de rechter moet gaan met het voeren van de regie over het geschil. In hoeverre wordt het bestuursorgaan ertoe aangezet om de feiten tijdens de procedure te verhelderen? Worden er in het vooronderzoek inlichtingen van partijen gevraagd? Wordt er een comparitie gehouden? Wordt er een bewijslastverdeling opgesteld?

In de nu volgende paragrafen worden de rechterlijke taakopvattingen met betrekking tot de feiten zo goed mogelijk in beeld gebracht.

6.4.2 *Motieven om het bestuur primair verantwoordelijk te achten*

Uit het onderzoek komt naar voren dat rechters de verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling primair bij het bestuur leggen. De ene rechter benadrukt dit meer dan de andere, maar er is er geen een die het geschil over de feiten geheel opnieuw wil laten beginnen in de procedure bij de rechter. Men bouwt dus voort op wat er in de bestuurlijke fase is bereikt. Aan deze taakopvatting liggen, zoals blijkt uit de interviews en de expert meeting, ten minste vijf motieven ten grondslag.

a Deskundigheid

Voor veel besluiten is een deskundigheid vereist waar de rechter niet over beschikt. Duidelijke voorbeelden zijn besluiten tot verlening van bouwvergunningen, toelating van bestrijdingsmiddelen, veel milieuvergunningen en besluiten in medische geschillen, geschillen over telecommunicatie en mededinging.

b Werklastverdeling

Binnen het overheidsapparaat is het bestuur uitgerust voor feitenonderzoek. Als het bestuur dat aan de rechter zou gaan overlaten, wordt de werklastverdeling verstoord. De rechter vreest daardoor in capaciteitsproblemen te komen.

c Procedurele waarborgen van bestuurlijke besluitvorming

Het vergaren van relevante feiten dient ingevolge wettelijke voorschriften vaak te verlopen via bepaalde procedures. Bijvoorbeeld een uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb) of een inspraakprocedure. Dan kan de rechter vaak niets anders doen dan het bestuursorgaan die procedure (opnieuw) laten doorlopen. In deze bestuurlijke procedures is ook gewaarborgd dat de belangen van derden in het feitenonderzoek aan de orde kunnen komen (zie over derden ook paragraaf 6.5).

d Machtenscheiding

Vaak is de feitenvaststelling niet te scheiden van de waardering van die feiten. De vaststelling dat er bijvoorbeeld sprake is van verstoring van de openbare orde, kan men proberen te scheiden van de vaststelling welke concrete gebeurtenissen voor waar moeten worden aangenomen. Maar dat compliceert de procedure in zoverre dat bij de bestuursrechter geprocedeerd zou moeten worden over de vraag naar de blote feiten (geluidsoverlast, verkeersopstoppingen, geweldpleging) en dat daarna, als alle blote feiten vaststaan, het bestuursorgaan die feiten moet waarderen. De rechters zijn geneigd om deze scheiding te vermijden door het bestuursorgaan aan te spreken op zijn onderzoeksplicht.

Sommige rechters geven voor dit soort gevallen aan dat zij geen goed alternatief hebben. Want als de rechter bij zijn uitspraak zou vaststellen van welke feiten het bestuursorgaan uit had moeten gaan, zou hij nog het geschil niet kunnen beslechten voor zover het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid heeft bij het waarderen van die feiten en bij het bepalen van de consequenties die het daaraan verbindt.

e Ex nunc en ex tunc

De rechter beoordeelt een besluit op basis van de feiten en omstandigheden zoals zij waren op het moment waarop het bestreden besluit werd genomen. Meestal is dat het moment van het besluit op bezwaar. Dit heet *ex tunc*-toetsing. Het bestuursorgaan beslist op basis van de feiten zoals zij zijn op het moment waarop het besluit wordt genomen. Dat heet *ex nunc*-toetsing. Dit moet wel worden genuanceerd, met name omdat sommige besluiten, zoals uitkeringen, betrekking hebben op een bepaalde periode en daarom gebaseerd moeten zijn op de feiten in die periode. Maar het uitgangspunt is duidelijk: het bestuur moet actueel beslissen, terwijl de rechter historisch toetst.

Als de rechter de feiten gaat onderzoeken, moet hij eerst op zoek naar de feiten zoals zij waren toen het bestreden besluit werd genomen. Op basis daarvan kan hij bepalen of het bestreden besluit moet worden vernietigd. Vaak hoeft hij daarvoor niet alles te onderzoeken, omdat gerede twijfel aan de juistheid van het door het bestuursorgaan verrichte feitenonderzoek vaak voldoende is om een vernieti-

ging te motiveren. Zou de rechter, na de constatering van een gebrek in het bestuurlijke feitenonderzoek, zelf in de zaak willen voorzien of de rechtsgevolgen in stand willen laten, dan moet hij zich op de hoogte stellen van de feitelijke situatie ex nunc. Want dan moet hij actueel gaan beslissen, net als het bestuursorgaan voor wiens besluit zijn uitspraak in de plaats treedt.¹⁸⁸ Als het om feitelijke kleinheden gaat, wordt dat niet als bezwaarlijk ervaren. Maar als er een grondig onderzoek moet worden verricht, deinst de rechter daarvoor terug.

De rechters scheiden de bovengenoemde motieven vaak niet scherp van elkaar, zo blijkt uit de interviews. De vijf motieven vormen één complex motief voor een praktijk waarin de feitenvaststelling primair als een verantwoordelijkheid van het bestuur wordt beschouwd. Hierbij zijn wel verschillen te constateren, zowel tussen individuele rechters als tussen rechterlijke instanties.

De Afdeling bestuursrechtspraak kiest in beginsel voor een duidelijke lijn: de feitenvaststelling dient in de bestuurlijke fase plaats te vinden en de rechter beperkt zich in beginsel tot de toetsing of het bestuur het goed heeft gedaan. Bij de rechtbanken komt men het meest de andere benadering tegen, waarin de rechter het geschil over de feiten wenst te beslechten als dat in de bestuurlijke fase niet is gelukt. Bij de rechtbanken en het CBB en de CRvB wordt over de taak van de rechter ten aanzien van de feiten uiteenlopend gedacht. De rechters benadrukken dat het sterk per zaak verschilt. Als de uitkomst van een compleet nieuw onderzoek moet worden afgewacht, zien rechters er in beginsel van af om het geschil definitief te beslechten. Gaat het om geringe correcties en aanvullingen op feiten die al voldoende vaststaan, dan ziet de rechter eerder een taak voor zichzelf weggelegd.

De rechterlijke taakopvatting ten aanzien van de feiten wordt nogal vertroebeld doordat de taak die de rechter volgens de Awb heeft, verschilt van de taak zoals die in de praktijk vaak wordt opgevat. Aan de Awb ligt de veronderstelling ten grondslag dat de rechter actief onderzoekt wat de materiële waarheid achter het geschil is. Dit is in paragraaf 4.9 besproken. In de praktijk van alledag werkt de rechter in veel zaken volgens een andere methode, waarbij hij controleert of het bestuursorgaan de feiten goed heeft onderzocht en of de burger daar voldoende met bewijs onderbouwde stellingen tegen heeft aangevoerd. Het geschil over de feiten is in veel gevallen meer een partijengeschil en niet zozeer een geschil dat de rechter door eigen onderzoek naar de feiten oplost. Als het bestuurlijke feitenonderzoek volledig en zorgvuldig is geweest, en de wederpartij er niet in slaagt twijfel te zaaien aan de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling, gaan de bestuursrechters ervan uit dat die feitenvaststelling juist is. Weet de wederpartij wel voldoende twijfel te zaaien, dan kan dat leiden tot vernietiging, waarna het bestuursorgaan opnieuw in de zaak moet voorzien. In bijzondere gevallen komt de rechter in een situatie waarin hij eerder geneigd is om zelf de feiten te doen onderzoeken, bijvoorbeeld door het benoemen van een deskundige. Hij doet dat met name indien niet alleen het bestuursorgaan, maar ook de indiener van het beroepschrift feitelijke stellingen grondig en zorgvuldig met bewijsmiddelen

188. Terecht wijst K.F. Bolt erop dat dit geen rol speelt voorzover het bestreden besluit betrekking heeft op de feitelijke situatie in een bepaalde periode, bijvoorbeeld een bepaalde uitkeringsperiode (K.F. Bolt 2005, p. 255-256).

hebben gestaafd. Liggen er bijvoorbeeld twee elkaar tegensprekende deskundigenberichten voor, dan kan dat voor de rechter aanleiding zijn om zelf een deskundige te benoemen om daarna een finale uitspraak te kunnen doen.

De positie van partijen zou verduidelijkt worden indien in hoofdstuk 8 van de Awb expliciet zou worden bepaald dat partijen de rechter kunnen verzoeken om gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden tijdens het vooronderzoek. Daarbij dient bepaald te worden dat de rechter de verzoeker tijdig laat weten of hij aan het verzoek gevolg zal geven.

6.4.3 *Nader onderzoek en nader bewijs*

De beschreven praktijk leidt ertoe dat rechters per saldo de neiging hebben om te volstaan met vernietiging indien tegen het einde van de zitting blijkt dat de feiten onvoldoende zijn komen vast te staan. Misschien zou nader onderzoek (door de rechter) of nader bewijs (door partijen) het mogelijk maken om het geschil definitief te beslechten. Maar vaak is ter zitting nog niet goed te overzien waar dat toe zou leiden. Nader onderzoek of bewijs zou alsnog kunnen uitmonden in een situatie waarin een van de in de vorige paragraaf genoemde vijf motieven zich alsnog tegen definitieve geschilbeslechting verzet. Het resultaat zou dan zijn een verlenging van de procedure bij de rechter zonder dat deze het geschil definitief kan beslechten.

Maar dit neemt niet weg dat er blijkens de gecodeerde uitspraken wel zaken zijn waarin de rechter van partijen nadere informatie over de feiten krijgt die hem in staat stelt het geschil definitief te beslechten. In 76 gevallen leidde nadere informatie over de feiten tot een uitspraak waarbij zelf in de zaak werd voorzien of de rechtsgevolgen in stand werden gelaten. Dat is 12% van de uitspraken waarbij van die bevoegdheden gebruik werd gemaakt.¹⁸⁹

Het onderzoek of bewijs kan in verschillende fasen van de procedure plaatsvinden. Het vooronderzoek is ervoor bedoeld. De Awb biedt de rechter voorts de mogelijkheid om het onderzoek ter zitting te schorsen of het onderzoek te heropenen met het oog op het verkrijgen van meer duidelijkheid over de feiten. Waarom blijft dan toch het geschil over de feiten zo vaak onbeslist? Verschillende factoren spelen daarbij een rol.

In de vorige paragraaf is al gebleken dat veel rechters het onderzoek naar en de vaststelling van de feiten primair als een taak van het bestuursorgaan beschouwen. De rechter moet die taak niet van het bestuur overnemen. Voor zover de rechter zich het geschil over de feiten wel aantrekt, staat hij voor de vraag op welk moment in de procedure hij dat zal doen. Uit de interviews en de expert meeting is naar voren gekomen dat rechters vaak op een punt komen waar zij wel moeten constateren dat de feiten nog onvoldoende vaststaan, maar niet veel meer kunnen doen dan dit negatieve oordeel vellen en het besluit vernietigen. Dit punt valt vaak op een moment ter zitting of daarna. Dat komt vooral doordat de meeste bestuursrechters een zittingsgerichte manier van werken hebben. Die houdt in dat het

189. In tabel 4 in hoofdstuk 5 is te zien dat de onderzochte instanties in totaal 660 uitspraken deden waarbij zelf in de zaak werd voorzien of de rechtsgevolgen in stand werden gelaten.

zwaartepunt van het rechterlijke onderzoek ligt op het onderzoek ter zitting. In feite wordt daardoor in verreweg de meeste zaken geen vooronderzoek gedaan, anders dan dat rechters en ondersteuning het dossier bestuderen. Heropening van het onderzoek of schorsing van het onderzoek ter zitting zou de procedure verlengen en brengt – als dit op grote schaal zou gebeuren – de doorlooptijden in gevaar. Daarom wordt er vaak de voorkeur aan gegeven om te vernietigen en het bestuursorgaan zijn fout te laten herstellen. Alle in het onderzoek betrokken rechterlijke instanties voeren een beleid dat de doorlooptijden zo kort mogelijk moet houden. Het belang hiervan wordt sterk benadrukt.

Maar er zijn verschillen, want niet alle rechters werken zonder vooronderzoek. Een aantal van de geïnterviewde rechters vertelden dat zij al geruime tijd voor de zitting naar de zaak kijken en dan al nagaan of er nog opheldering over bepaalde aspecten van de zaak nodig is. Als zij daar behoefte aan hebben, vragen zij dan al voor de zitting nadere inlichtingen aan partijen. Ter zitting kan de nadere informatie worden besproken en deze werkwijze maakt het mogelijk om ter zitting door te stoten naar de kern van het geschil. Dat verbetert de geschilbeslechting. Tijdens de expert meeting werd dat door een groot deel van de rechters erkend, maar er werd aan toegevoegd dat er niet altijd de benodigde tijd voor beschikbaar is. Een deel van de rechters krijgt doorgaans pas kort voor de zitting het dossier onder ogen. Dat is vaak een gevolg van interne planning en agendering. Zo kort voor de zitting kan het vooronderzoek geen rol van betekenis meer hebben. De kans is dan groter dat ter zitting nog onduidelijkheid over de feiten blijft bestaan. Het bestuursprocesrecht kent geen materieel bewijsrecht, zoals is besproken in paragraaf 4.9. Een expliciete bewijslastverdeling wordt in het bestuursproces niet bij tussenuitspraak opgesteld. Daardoor kan gemakkelijk de situatie ontstaan waarin ter zitting of kort daarvoor blijkt dat de feiten nog niet voldoende duidelijk zijn om het geschil definitief te kunnen beslechten. Het zojuist genoemde zittingsgerichte werken vergroot de kans op deze situatie aanzienlijk. Van het vooronderzoek wordt weinig gebruikgemaakt, comparities worden doorgaans niet gehouden en rechters hebben de neiging om nieuw onderzoek na de zitting zoveel mogelijk te voorkomen. Ter relativering moet worden opgemerkt dat het in veel gevallen voor partijen, met enig nadenken, wel duidelijk kan zijn wie de stelplicht of de bewijslast draagt. Maar daar zou de rechter niet steeds a priori van uit moeten gaan, zeker niet als er wordt geprocedeerd zonder juridische bijstand. Waar het in dit evaluatierapport om gaat, is dat in veel zaken ter zitting duidelijk wordt dat de feiten nog niet voldoende vaststaan. Dat leidt gemakkelijk tot een vernietiging wegens onzorgvuldig of onvolledig onderzoek of gebrekkige motivering. Het geschil wordt daarmee niet beslecht.

6.5 BETROKKENHEID VAN DERDEN

Het maakt wezenlijk verschil of het gaat om een geschil met één belanghebbende of met meer belanghebbenden. In geschillen waarin maar één belanghebbende tegenover het bestuursorgaan staat, omdat het bijvoorbeeld over een uitkering gaat, biedt de procedure meer mogelijkheden om tot een eindoordeel te komen. De rechter heeft meer armslag dan wanneer het geschil tevens de belangen van derden raakt. Hiervoor zijn de volgende verklarende factoren te geven.

In een zuiver tweepartijengeschil kan de rechter in overleg met partijen tot een invulling van de resterende bestuurlijke keuzeruimte komen. Het bestuursorgaan kan tijdens de procedure een beleidsmatige afweging van belangen verrichten en de wederpartij kan daartegen haar argumenten aanvoeren. Zo wordt het geding uitgebreid met de vraag hoe het nieuwe besluit eruit moet gaan zien. Dit is veel moeilijker in geschillen over besluiten die raken aan de belangen van derden, indien die zelf geen partij zijn in het proces bij de rechter (als bedoeld in art. 8:26 Awb).

Het is in een tweepartijengeschil vaak mogelijk het geschil over de feiten uit te procederen, hetzij door van partijen nader bewijs te vragen, hetzij door zelf een deskundige te benoemen. Dat is veel moeilijker indien derden, wier belangen wel kunnen worden geraakt door de uitkomst van de procedure, niet als partij aan die procedure deelnemen. Want zij hebben vaak een bestuursrechtelijke aanspraak op participatie of inspraak bij de besluitvorming. De rechter moet voorkomen dat hij voorbijgaat aan de waarborgen voor zorgvuldige feitenvaststelling, die in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure zijn ingebouwd met het oog op de belangen van derden. Dat is vaak een reden om de feitenvaststelling aan het bestuur over te laten en de rechter een controlerende taak te geven.

De betrokkenheid van derden maakt het voor de rechter ook moeilijker om geschillen over belastende besluiten te beëindigen in het voordeel van de burger. Want dat kan een andere burger schaden. Een voorbeeld kan de consequenties hiervan verduidelijken. Als een uitkering is ingetrokken, zal vaak het door het bestuursorgaan geleverde bewijs van de feiten ter discussie staan. Als de rechter het bewijs onvoldoende acht, kan hij het besluit vernietigen en aan het bestuur overlaten of het een nieuwe poging wil wagen. Is de rechter van oordeel dat dit niet verantwoord is, bijvoorbeeld omdat de zaak al lang loopt en hij de gestelde feiten niet erg waarschijnlijk acht, dan kan hij het geschil definitief beslechten. In een meerpartijengeschil is dat veel moeilijker. Als een handhavingsbesluit is aangevochten in het milieurecht, en de feiten zijn onvoldoende komen vast te staan, dan kunnen de belangen van derden worden geschaad indien de rechter de zaak definitief afhandelt wegens gebrek aan bewijs.

Doorlooptijden zijn belangrijker als er belangen van derden kunnen worden geraakt. Doorprocederen maakt de procedure langer. Er moet meer gebeuren, bijvoorbeeld in het vooronderzoek of anders door schorsing of heropening van het onderzoek na de zitting. In zaken waarin derden, die al dan niet mee procederen, zitten te wachten op de afloop van het geschil, wordt die verlenging als bezwaarlijk ervaren. Vergunninghouders verkeren langer in onzekerheid, mensen die hinder ondervinden wachten langer op een uitspraak van de rechter, et cetera.

Eén van de geïnterviewde rechters werpt hier een ander licht op door erop te wijzen dat 'je er misschien soms maatschappelijk gezien wel de voorkeur aan moet geven om de regie bij de rechter te laten. Dan kan het beter zijn om de zaak vier maanden langer onder de rechter te hebben en tot een einde te komen in plaats van een snelle doorlooptijd daar, waarna het toch weer teruggaat naar het bestuur en de zaak uiteindelijk langer duurt.' Hiermee vestigt deze rechter er de aandacht op dat derden juist belang hebben bij een *definitieve* beslissing in het geschil. Dat

is iets anders dan een vernietiging met terugwijzing. Ook andere rechters hebben benadrukt dat hun behoefte om een geschil definitief te beslechten regelmatig juist voortkomt uit het besef dat derden op een definitieve beslissing wachten. Het probleem doet zich vaak voor als de ene burger een vergunning of een planologisch besluit nodig heeft en een andere burger, bijvoorbeeld een omwonende, daartegen in bezwaar en beroep is gegaan. De vernietiging helpt de omwonende, maar voor de burger die op zijn vergunning wacht wordt het probleem erdoor vergroot.

De betrokkenheid van derden kan de geschilbeslechting dus niet alleen bemoeilijken, zoals in de literatuur is benadrukt, maar zij kan ook juist een argument zijn vóór definitieve geschilbeslechting.

6.6 BELEMMERINGEN VAN FORMEEL-PROCEDURELE AARD

Onder het regime van de Wet Arob werden beschikkingen regelmatig vernietigd op grond van een louter formeel gebrek, terwijl niet of nauwelijks was bekeken of er ook van een inhoudelijk gebrek sprake was (zie daarover hoofdstuk 3). Dat leverde soms 'rituele' vernietigingen op, waarbij de burger met een 'dooie mus' werd blij gemaakt.

Uit de interviews komt naar voren dat de rechters zich hiervan zeer bewust zijn en dat ze dergelijke rituele vernietigingen proberen te vermijden. Enerzijds doen ze dit door niet bij elk formeel gebrek tot een gegrondverklaring van het beroep en daarmee tot vernietiging van het besluit over te gaan, anderzijds door zoveel als mogelijk is op de materiële aspecten van het geschil in te gaan.

6.6.1 Passeren van formele gebreken

Alle rechters laten regelmatig rechtmatigheidsgebreken, waarvan duidelijk is dat herstel niet tot een inhoudelijk ander besluit zou leiden, buiten beschouwing. De meeste rechters streven er actief naar om zulke rituele vernietigingen te vermijden. Opvallend is daarbij dat artikel 6:22 Awb zelden wordt toegepast. Sommige rechters zijn van mening dat artikel 6:22 Awb gemist kan worden als een overbodige bepaling. Wellicht hangt deze mening samen met het feit dat de mogelijkheid om gebreken te passeren beperkt is tot de schending van 'vormvoorschriften'. In de jurisprudentie is van allerlei soorten gebreken uitgemaakt dat zij niet zijn aan te merken als schending van vormvoorschriften. Het accent valt dan niet op de vraag of belanghebbenden door het formele gebrek zijn benadeeld, maar op de vraag of sprake is van een vormvoorschrift. Maar rechters blijken ook buiten artikel 6:22 Awb om gebreken te passeren dan wel buiten beschouwing te laten. Deels gebeurt dit door te kennen te geven dat bepaalde formele gebreken geen invloed op de inhoud van het nieuw te nemen besluit kunnen hebben, waarna belanghebbenden ter zitting wordt gevraagd of ze desondanks hun bezwaren ten aanzien van dit gebrek handhaven. In de uitspraak wordt dan vaak volstaan met de overweging dat de aangevoerde bezwaren geen aanleiding geven tot vernietiging van het bestreden besluit.

Zo blijken rechters motiveringsgebreken stilzwijgend te passeren als het herstel van het gebrek niet tot een andere uitkomst zal leiden. En hoorgebreken worden wel gepasseerd door ter zitting de eiser ervan te overtuigen dat vernietiging en alsnog horen wel vertraging, maar niet een beter resultaat zullen opleveren. Soms wordt in een situatie als deze het besluit wel vernietigd, maar worden de rechtsgevolgen in stand gelaten met toepassing van artikel 8:72 lid 3 Awb. Dat kan zich voordoen wanneer in de bestuurlijke fase de hoorplicht is geschonden (bij alle rechterlijke instanties aangetroffen, in totaal 24 keer).

Uit de interviews blijkt dat het passeren van formele gebreken op grote schaal voorkomt. De rechters zien het als een uitstekend middel voor definitieve geschilbeslechting. Artikel 6:22 Awb wordt evenwel meer dan eens 'een overbodige bepaling' genoemd.

6.6.2 Kiezen tussen materiële en formele vernietigingsgronden

De rechters proberen zoveel mogelijk op de inhoudelijke aspecten van het bestreden besluit in te gaan. Ter illustratie stelt een van de rechters dat, indien in het beroepschrift over schending van het motiveringsbeginsel en het vertrouwensbeginsel wordt geklaagd, de rechter tegenwoordig eerder geneigd zal zijn direct op het vertrouwensbeginsel in te gaan, terwijl hij zijn toetsing vroeger waarschijnlijk via het motiveringsbeginsel zou hebben verricht.

Een meer op de inhoud van het besluit gerichte toetsing betekent overigens lang niet altijd dat de rechter de vernietiging baseert op materiële normen, zoals het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Veeleer geeft de rechter via het motiveringsbeginsel of het zorgvuldigheidsbeginsel aan in welk opzicht of op welke punten het bestreden besluit gebreken vertoont. Op die manier kunnen vingerwijzingen worden gegeven voor het na de vernietiging te nemen besluit. Het gaat dus niet zozeer om de enkele grond waarop een besluit is vernietigd, maar om de overwegingen die de rechter daaraan vooraf laat gaan. Wat de motivering van besluiten betreft, worden bij de Afdeling bestuursrecht spraak verschillende formuleringstechnieken gebruikt om aan te geven waar het gebrek in schuilt. Zo wordt bijvoorbeeld aangegeven dat de gegeven argumentatie niet (zonder meer) tot een bepaald oordeel leidt of dat de gegeven motivering gelet op de wet niet deugdelijk is.

6.6.3 Zelf in de zaak voorzien bij vernietiging wegens formele gebreken

Er zijn procedurele gebreken die alleen kunnen worden hersteld door helemaal opnieuw te beginnen met de primaire fase van de bestuurlijke besluitvorming. Denk aan het geval waarin een bezwaarschriftprocedure is doorlopen terwijl er een verplichting bestond om de uniforme openbare voorbereidingsprocedure te doorlopen. Ingevolge artikel 7:1 Awb sluit de ene procedure de andere geheel uit. De rechter kan nu het besluit op bezwaar vernietigen en, zelf in de zaak voorzien, het primaire besluit herroepen. Het gevolg hiervan is dat een nieuw besluit moet worden voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

Een ander voorbeeld is het geval waarin de Afdeling, zelf voorzien, goedkeuring onthield aan een bestemmingsplan omdat het ontwerp-bestemmingsplan een dag te laat ter inzage was gelegd. Met dit gebruik van artikel 8:72 lid 4 Awb wordt uiteraard het geschil niet beslecht, want nu moet de gemeente helemaal opnieuw beginnen bij de terinzagelegging van het ontwerp-bestemmingsplan. Nadat de hele procedure langs de gemeenteraad en gedeputeerde staten opnieuw is doorlopen, kan alsnog een oordeel van de Afdeling over het bestemmingsplan worden verkregen. Dit voorbeeld laat nog eens duidelijk zien dat het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien nog geen definitieve geschilbeslechting impliceert. Het kan zelfs neerkomen op het tegenovergestelde: helemaal opnieuw beginnen.

6.6.4 Onbevoegd genomen besluiten

Is een besluit genomen door een bestuursorgaan dat daartoe niet bevoegd was, omdat het vereiste mandaat ontbrak, dan wordt dat besluit soms tijdens de beroepsprocedure bekrachtigd door het orgaan dat wel bevoegd was tot het nemen van dat besluit. Als het besluit overigens rechtmatig wordt bevonden, kan het worden vernietigd met instandlating van de rechtsgevolgen (art. 8:72 derde lid Awb). Wordt een onbevoegd genomen besluit niet bekrachtigd door het bevoegde orgaan, dan staat vast dat het bestreden besluit moet worden vernietigd. Meestal is dat het besluit op bezwaar. Maar daar hoeft het niet bij te blijven, want als ook het primaire besluit door het onbevoegde orgaan is genomen, staat al vast wat er na de vernietiging moet worden beslist. Het onbevoegde orgaan kan dan immers niets anders doen dan zijn onbevoegd genomen primaire besluit herroepen. Door in zo'n geval, zelf in de zaak voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb), het primaire besluit te herroepen, voorkomt de rechter dat na zijn uitspraak een nieuw besluit op bezwaar moet worden genomen waarvan de uitkomst reeds al vaststaat. Daarmee is niet steeds een situatie bereikt waarin de burger en het bestuursorgaan uit hun juridische problemen zijn. Het wel bevoegde bestuursorgaan kan alsnog een besluit nemen en daarover zal een geheel nieuwe procedure gevoerd kunnen worden.

6.7 NADERE INVULLING EN VORMGEVING VAN EEN BESLUIT WAARVAN DE STREKKING AL WEL VASTSTAAT

Als al wel vaststaat dat een besluit van een bepaalde soort moet worden genomen, maar dit besluit nog nader moet worden ingevuld en geformuleerd, dan rijst de vraag wie dat gaat doen: het bestuur of de rechter? De nadere invulling en vormgeving van een besluit wordt door de bestuursrechters in beginsel gezien als een taak van het bestuur en niet van de rechter, ook al staat al wel vast waar het besluit in de kern van de zaak op neer zal of moet komen. Bij vernietiging van de weigering van een vergunning of uitkering is het niet gebruikelijk dat de rechter de vergunning of uitkering verleent door zelf in de zaak te voorzien. Maar er zijn situaties waarin de rechter meer doet. Een en ander wordt nu toegelicht.

6.7.1 *Wat de rechter niet doet*

Er zijn in het onderzoeksjaar 2005 bij de betrokken instanties geen gevallen gevonden waarin de rechter, nadat hij de afwijzing van een aanvraag voor een complexe uitkering of vergunning heeft vernietigd, zelf op de aanvraag beslist. Voordat de inhoud van vergunning of de uitkering in detail kan worden bepaald, moeten vaak nog feiten worden onderzocht of berekeningen worden gemaakt. Daarbij moet vaak ook nog worden getoetst aan de toepasselijke voorschriften die van invloed zijn op de modaliteiten van het te nemen besluit, zoals de exacte hoogte van de uitkering en de voorschriften bij de vergunning. In theorie kan men zich nog wel voorstellen dat de rechter dat allemaal zelf gaat doen, maar praktisch gesproken is dat onrealistisch. De rechter zou dan werkzaamheden gaan verrichten waar het bestuursorgaan vaak wekenlang, en soms nog veel langer, mee bezig is. Daar komt nog bij dat de rechter in veel gevallen niet over de deskundigheid beschikt om een uitkering of vergunningsbesluit (of bijvoorbeeld de toelating van een bestrijdingsmiddel) tot in de details te verzorgen. De geïnterviewde rechters zijn daarom van mening dat de rechter in dergelijke gevallen (uitzonderingen daargelaten) moet volstaan met vernietiging van het bestreden besluit en in zijn overwegingen duidelijk moet maken dat het bestuursorgaan na de vernietiging een vergunning of een uitkering moet verlenen. Mocht er dan een geschil rijzen over de modaliteiten van het nieuwe besluit, dan kan daartegen een nieuw beroep bij de rechter worden ingesteld.

Deze bevinding is in overeenstemming met de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, beschreven in hoofdstuk 4. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de uitspraak in de Muiderkerk-zaak overwogen dat de bestuursrechter zich in geschillen over bouwvergunningen moet beperken tot het oordeel of de vergunning had mogen worden geweigerd of worden verleend zoals zij is verleend. Hij mag niet overgaan tot het zelf verlenen van de bouwvergunning.¹⁹⁰ De belangrijkste reden daarvoor is volgens de Afdeling dat voor het vormgeven van een bouwvergunning specifieke kennis nodig is, waarover het bestuur beschikt.

Het valt op dat deze grens aan de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien niet geheel kan worden verklaard uit de beleidsvrijheid of de beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan. Die kunnen bij de vormgeving van de vergunning of uitkering wel aan de orde zijn, maar de beperking wordt ook in acht genomen als de bestuurlijke vrijheid niet in het geding is. Stel dat de vormgeving van het besluit geheel wordt bepaald door toepassing van wettelijke voorschriften en beleid op de feiten van het voorliggende geval. Waarom zou de rechter dan niet zelf in de zaak voorzien? Omdat hij daarmee kan aanlopen tegen andere belemmeringen: gebrek aan deskundigheid, gebrek aan tijd en middelen en de vrees dat het bestuur de neiging zal ontwikkelen om zijn eigen problemen op het bord van de rechter te leggen.

Op dit punt is nog een vergelijking met de belastingrechter te maken. De verplichting om een eindbeslissing te nemen, die volgens de jurisprudentie op de

¹⁹⁰. ABRvS 8 juli 1996, AB 1996, 344 m.nt. PvB (Muiderkerk).

belastingrechter rust, gaat niet zo ver dat de rechter bijvoorbeeld zelf moet uitrekenen tot welk bedrag een aanslag moet worden verminderd. Hij kan volstaan met de vaststelling van de heffingsgrondslag. Waar het om gaat, is dat zijn dictum twijfel moet uitsluiten.¹⁹¹ De inspecteur moet vervolgens het verschuldigde bedrag berekenen. Men komt deze werkwijze ook tegen op andere terreinen dan het belastingrecht. Denk aan gevallen waarin de bestuursrechter oordeelt in welke salarisschaal een ambtenaar moet worden geplaatst of welk arbeidsongeschiktheidspercentage of inkomen aan een berekening van een uitkering ten grondslag moet worden gelegd. Dat is geen vorm van 'zelf in de zaak voorzien' in de gangbare bestuursrechtelijke betekenis van die term, omdat er nog een definitief besluit moet worden genomen. Er is dus wel reden voor enige relativisering van het verschil tussen het belastingrecht en andere onderdelen van het bestuursrecht, met name het socialezekerheidsrecht en onderdelen van het ambtenarenrecht.

Ten slotte moet erop worden gewezen dat de wet in veel gevallen voorschrijft dat de invulling en vormgeving van het besluit tot stand dienen te komen in een voor het bestuur bindende procedure. Daarin kunnen inspraak en participatie van derden en van andere bestuurlijke instanties een plaats hebben en verplichtingen tot het inwinnen van advies. Doorgaans gaat het dan om gevallen waarin het bestuur nog keuzevrijheid heeft en dan is dat op zich al een reden om te volstaan met een vernietiging van het bestreden besluit.

6.7.2 *Wat de rechter wel doet*

Als het niet om complete besluiten gaat, maar bijvoorbeeld om afzonderlijke voorschriften bij een vergunning, dan komt het wel voor dat de rechter zelf het vervangende besluit vorm geeft. Dat ziet men bij milieuvergunningen. Hier spelen verschillende verklarende factoren een rol.

De inhoud van het besluit is in deze geschillen doorgaans al uitvoerig tussen partijen aan de orde geweest. In de beroepsprocedure kan die discussie, onder regie van de rechter, verder gevoerd worden, waarna de rechter soms de knoop kan doorhakken. In een deel van de zaken is bovendien een 'Stab-advies' opgesteld. De Stichting Advisering Bestuursrechtspraak adviseert de bestuursrechter, op diens verzoek, over feiten waarbij deskundige kennis komt kijken. Daar komt nog bij dat er veel milieubeleid is vastgelegd, zodat de rechter daar ook op kan terugvallen. In het milieurecht bestaat een lange traditie van indringende toetsing, eerst in administratief beroep, later (sinds 1987) door de rechter (zie daarover paragraaf 3.3.5).

Misschien speelt ook een rol dat het soms moeilijk is om alleen een voorschrift te vernietigen en de vergunning voor het overige in stand te laten. Dan is er een vergunning met een hiaat, hetgeen schade kan toebrengen aan het milieu, terwijl vernietiging van de gehele vergunning verstrekkende gevolgen heeft, die kunnen worden voorkomen. Men moet bedenken dat tegen de verlening van een milieuvergunning geen bezwaarschriftprocedure wordt gevoerd, omdat rechtstreeks

191. HR 28 mei 1919, B. 2298 en HR 29 augustus 1997, BNB 1998, 5.

beroep open staat bij de bestuursrechter. Als die de hele vergunning vernietigt, is alles weg. Even later wordt dan misschien een verbeterde vergunning verleend, maar dan heeft de betrokken inrichting in de tussentijd geen vergunning. Door zelf te voorzien in de vaststelling van de vergunningvoorschriften, kan de rechter deze complicaties voorkomen. Deze mogelijke verklaring kan echter niet met voldoende zekerheid tot de resultaten van de interviews worden herleid.

6.8 DOORLOOPTIJDEN EN BUDGETTEN

Er zijn ook grenzen die de rechterlijke organisatie zelf stelt. Dan gaat het vooral om efficiëntie bij de afdoening van zaken. Hierboven is al gebleken dat het geschil over de feiten vaak niet wordt uitgeprocedeerd in de beroepsprocedure, omdat het met het oog op de doorlooptijden beter wordt bevonden om de zaak voor nader onderzoek terug te sturen naar het bestuur. Ook is al gebleken dat het vooronderzoek vaak achterwege wordt gelaten omdat het zittingsgerichte werken de efficiënte afdoening van zaken dient. In de tijd die ligt tussen het verweerschrift en de zitting wordt het dossier bestudeerd en de zaak geïnstrueerd. Dan volgt een zitting en daarna een uitspraak. Door deze manier van werken wordt zelden gebruikgemaakt van het vooronderzoek, dat in hoofdstuk 8 van de Awb is geregeld en dat bedoeld is om de achtergronden van de zaak zo goed mogelijk te achterhalen.

De Awb gaat ervan uit dat de rechter actief op zoek gaat naar de materiële waarheid, waarvoor hij het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting kan gebruiken (zie paragraaf 4.9). Maar als de procedure zich niet langer beperkt tot de toetsing van het bestreden besluit aan het recht, en mede gaat omvatten het geschil over het nieuwe besluit, dan kost dat tijd. De geïnterviewde rechters noemen dit als een belangrijke reden voor de huidige praktijk. Doorlooptijden zijn steeds belangrijker geworden binnen de rechterlijke macht. Er mag niet te veel tijd liggen tussen het beroepschrift en de einduitspraak. Bovendien stelt de wet soms een termijn aan de rechter, waardoor de uitspraak bijvoorbeeld binnen een jaar na het beroepschrift gedaan dient te zijn.

De geïnterviewde rechters gaven aan dat deze manier van werken het in een deel van de gevallen moeilijk maakt om tot definitieve geschilbeslechting te komen in gevallen waarin het besluit moet worden vernietigd. Die conclusie, dat er vernietigd gaat worden, valt pas echt na de zitting, maar dan is het onderzoek al gesloten. Heropening van het onderzoek na de zitting (of schorsing aan het einde van de zitting) is geen populaire procedurele stap. Het verlengt de doorlooptijd. Er werd tijdens de interviews en de expert meeting ook op gewezen dat de zittingsschema's, die intern worden opgesteld bij de planning van de werkzaamheden, danig in de war worden gegooid als er regelmatig een tweede zitting zou worden uitgeschreven. Er gaat daarvan een zekere druk uit om dergelijke situaties te vermijden.

In de vragenlijst voor de interviews was geen vraag opgenomen over doorlooptijden, maar al in de eerste paar interviews werd duidelijk dat deze factoren een rol speelden. De geïnterviewde rechters begonnen er namelijk zelf over. Ook in latere interviews begonnen sommige rechters er zelf over. Deden zij dat niet, dan werd er door de interviewer naar gevraagd. Uit hetgeen in de interviews is gezegd

blijkt dat sommige rechters ruiterlijk erkennen dat het beperken van de doorlooptijden van invloed is op de mate waarin geschillen definitief kunnen worden beslecht. De overige rechters sluiten niet uit dat dit effect bestaat, maar zeggen dit in hun eigen werk zoveel mogelijk te voorkomen.

Tijdens de expert meeting ontstond over deze bevindingen discussie. Twee rechters van de Centrale Raad van Beroep vertelden dat doorlooptijden bij hen geen rol van betekenis speelden voor de wijze waarop de zaak wordt afgehandeld. De overige deelnemers kwam dit onwaarschijnlijk voor.

Enkele rechters hebben er tijdens de interviews nog aan toegevoegd dat het hun ervaring is dat ook het budgetteringssysteem van hun rechtbank of college een rol speelt. Dat systeem leidt ertoe dat zoveel mogelijk einduitspraken moeten worden behaald. Een vernietiging van een besluit is een einduitspraak, ook al moet het bestuur daarna de procedure vervolgen en kan er opnieuw beroep worden ingesteld. Kortom: wat voor de rechter een einduitspraak is, is voor partijen vaak een tussenuitspraak.

Op grond van deze gegevens moet worden aangenomen dat de definitieve geschilbeslechting in negatieve zin wordt beïnvloed door de druk die op de bestuursrechters wordt uitgeoefend de doorlooptijden zo kort mogelijk te houden.

6.9 METHODEN OM DE GESCHILBESLECHTING VERDER TE VERBETEREN

In de interviews en de expert meeting is aan de rechters gevraagd welke mogelijkheden zij zien om de geschilbeslechting verder te verbeteren. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen methoden die nu al worden gebruikt (paragraaf 6.9.1) en methoden die in de toekomst, zo nodig na een wijziging van de Awb, zouden kunnen worden gebruikt (paragraaf 6.9.2).

6.9.1 Methoden die in de huidige rechtspraak al worden gebruikt

De methoden die tijdens de interviews en de expert meeting aan het licht zijn gekomen, kunnen als volgt worden ingedeeld.

6.9.1.1 Nadere standpunten van partijen tijdens het proces Nadere standpunten over herstel van gebreken

Als de rechter een gebrek in het bestreden besluit constateert, kan hij het bestuursorgaan vragen om aan te geven hoe het dit gebrek zou herstellen. Nadat hij van het bestuursorgaan een nader standpunt over het herstel van het gebrek heeft vernomen, kan de rechter beslissen welke consequenties hij aan het gebrek zal verbinden. In sommige gevallen zal hij het gebrek passeren omdat het onvoldoende relevantie voor de uitkomst van het geschil heeft (paragraaf 6.6.1). Dat zal, als er geen andere vernietigingsgronden zijn, resulteren in een ongegrondverklaring. In andere gevallen kan hij het besluit vernietigen en de rechtsgevolgen in stand laten. Dat komt regelmatig voor in gevallen waarin het bestuursorgaan het besluit kan voorzien van een nieuwe wettelijke grondslag, een verbeterde motivering of een betere belangenafweging (paragraaf 6.3.4 onder a en b). Een ander voorbeeld is dat waarin een onbevoegd genomen besluit is

bekrachtigd door het bevoegde orgaan (paragraaf 6.6.4). Als het herstel van het gebrek gepaard gaat met een bijstelling van de rechtsgevolgen van het besluit (bijvoorbeeld een lager bedrag of een andere ingangsdatum), kan de rechter zelf in de zaak voorzien.

Nadere standpunten over de feiten

Als de rechter van oordeel is dat er nader feitenonderzoek of nader bewijs nodig is, kan hij het bestuursorgaan verzoeken nadere gegevens te verstrekken of nader feitenonderzoek te doen. Hij kan ook de burgerpartij vragen om bewijs te leveren ten aanzien van bepaalde stellingen die die burgerpartij heeft gedaan. Hiermee kan de rechter in een deel van de gevallen voorkomen dat hij moet volstaan met vernietiging wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing van het bestreden besluit. Rechters geven wel aan dat zij in veel gevallen terughoudend zijn om deze methode toe te passen, omdat zij tevoren niet weten of het nader feitenonderzoek of bewijs inderdaad een situatie zal creëren waarin het geschil definitief kan worden beslecht (zie paragraaf 6.4.3).

Het vragen van nadere standpunten over de feiten kan ook helpen bij het overbruggen van de kloof tussen de toetsingsmomenten van de rechter enerzijds en het bestuur anderzijds. Bolt heeft laten zien in haar dissertatie dat het asielrecht hierbij als inspiratiebron dienst kan doen, want de Vreemdelingenwet 2000 kent de ex nunc toetsende rechter. De rechter beperkt zich in het algemeen bestuursrecht bij de beoordeling van het bestreden besluit tot een ex tunc-toetsing. Maar om een definitieve beslissing in de zaak te kunnen geven, moet hij de feiten ex nunc onder ogen zien. Gaat het om strikt gebonden besluiten, dan kan de rechter dat in beginsel zelf doen, omdat er geen keuzevrijheid voor het bestuur is. Maar er zijn veel gevallen waarin de rechter de deskundigheid mist waar het bestuur wel over beschikt. Dat kan een reden zijn om het bestuur een nader standpunt over de feiten te vragen. Heeft het bestuur keuzevrijheid, dan is het vragen van een nader standpunt een voorwaarde om de situatie ex nunc te kunnen beoordelen.

In een tweepartijengeschil ligt dat eenvoudiger dan in een geschil waarbij de belangen van derden betrokken zijn, zeker indien die derden geen partij zijn in het geding. Het bestuursorgaan moet dan, met het oog op de belangen van die derden, opnieuw tot een afgewogen beslissing zien te komen op basis van de feiten ex nunc. Dat kan voor de rechter een reden zijn om te volstaan met vernietigen, zodat het bestuur opnieuw in de zaak zal moeten voorzien. In de toekomst zal de bestuurlijke lus in een deel van de zaken een methode kunnen bieden om de beoordeling ex nunc mogelijk te maken (zie over de bestuurlijke lus hierna paragraaf 6.9.2.1).¹⁹²

Voor de duidelijkheid wijzen wij erop dat het vragen van nadere standpunten over de feiten en de bestuurlijke lus op zich geen verandering brengen in de regel dat de rechter *het bestreden besluit* ex tunc moet toetsen. Alleen voor de beoordeling van de beslissingalternatieven is de situatie ex nunc van belang.

192. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 173; K.F. Bolt 2005; Verheij 2003.

Nadere standpunten over beslissingalternatieven

Als de rechter van oordeel is dat het bestreden besluit moet worden vernietigd, maar tevens constateert dat er nog verschillende beslissingalternatieven resteren, zou hij het bestuursorgaan kunnen verzoeken om een nader standpunt in te nemen over de te maken keuze uit die alternatieven. De rechter kan dan (na de reactie van de andere partijen op de gemaakte keuze) de door het bestuursorgaan gemaakte keuze aan het recht toetsen. Als de keuze die toets doorstaat, kan de rechter zelf in de zaak voorzien (of misschien in sommige gevallen, waarin het resultaat niet wijzigt, de rechtsgevolgen in stand laten).

Een deel van de rechters, vooral enkele rechters van de CRvB en een deel van de rechters van de rechtbanken, maakt al gebruik van deze methode. Wij hebben naar aanleiding van de interviews en de expert meeting hun werkwijze als volgt gereconstrueerd.

De methode van geschilbeslechting op basis van nadere standpunten kan de rechter gebruiken indien is voldaan aan de volgende drie voorwaarden:

- a Het bestreden besluit vertoont een gebrek dat niet van dien aard is dat de besluitvorming geheel of grotendeels moet worden overgedaan.
- b Het geschil kan naar verwachting definitief worden opgelost als er nadere standpunten door partijen worden ingenomen of nadere gegevens worden verstrekt.
- c De nadere standpunten kunnen ter zitting of in een schriftelijke ronde na de zitting tussen partijen worden besproken (een vereiste dat voortvloeit uit het verdedigingsbeginsel en hoor en wederhoor).

Deze methode is in de regel alleen goed bruikbaar als de nadere gegevens of standpunten ruim voor de zitting door de rechter aan partijen kunnen worden gevraagd of als er na de zitting ruimte is om over de nadere gegevens en standpunten door te procederen. De Awb biedt daartoe de ruimte.¹⁹³ Dan kunnen, met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor, de nadere standpunten tot onderwerp van het geding worden gemaakt. Het oordeel van de rechter over het herstel van de gebreken kan dan in de uitspraak worden meegenomen. Deze praktijk is eigenlijk een voortzetting van een praktijk die bij de raden van beroep, de ambtenarengerechten en de CRvB al vóór de Awb bestond.¹⁹⁴

In een deel van de zaken kan deze uitwisseling van standpunten en gegevens zonder problemen ter zitting plaatshebben. Maar de mogelijkheden daartoe zijn in de praktijk vaak beperkt indien de vertegenwoordigers ter zitting onvoldoende mandaat hebben om namens het bestuursorgaan nadere standpunten in te nemen. Alle rechters zijn het erover eens dat hun armslag zou worden verruimd indien vertegenwoordigers vaker een voldoende ruim mandaat zouden hebben. Met name als het om relatief ondergeschikte verschillen tussen beslissingalternatieven gaat, zou dat ruimere mandaat geen probleem behoeven te zijn. Gaat

193. Van een tweede zitting kan met instemming van partijen worden afgezien (art. 8:64, vijfde lid Awb).

194. Faber (1992) en hierboven paragraaf 3.3.5.

het om beleidskeuzes waarvoor het bestuursorgaan geen verantwoordelijkheid wil afstaan aan een procesvertegenwoordiger (een ambtenaar of advocaat), dan kan in een deel van de gevallen de oplossing worden gevonden door een lid van het orgaan zelf naar de zitting te laten gaan. Maar er zijn natuurlijk ook vrij veel beleidskeuzes die niet zomaar even tijdens een zitting of op de gang van het gerechtsgebouw kunnen worden gemaakt.

De methode van geschilbeslechting op basis van nadere standpunten kent bij de bestuursrechter dus wel een aantal beperkingen. De meest hardnekkige beperking lijkt besloten te liggen in de hierboven onder a genoemde voorwaarde dat het gebrek in het besluit niet van dien aard is dat de besluitvorming geheel of grotendeels moet worden overgedaan. Het herstel van een wezenlijk gebrek in een besluit waar vele aspecten aan zitten, verlangt vaak een nieuwe bestuurlijke afweging waar ook aspecten bij betrokken worden die in het proces bij de rechter helemaal niet aan de orde zijn geweest. Bestemmingsplannen, verkeersbesluiten, milieubesluiten, maar ook bijvoorbeeld veel besluiten in het economisch orderingsrecht, kunnen niet of slechts moeilijk worden losgekoppeld van een veel breder bestuurlijk of politiek kader. De geïnterviewde rechters zien hierin een belangrijke beperking van de geschilbeslechting in het proces bij de rechter.

Een tweede belangrijke beperking is erin gelegen dat de rechter aan de Awb, zoals die nu luidt, geen goed instrument kan ontlenuen om het bestuursorgaan te dwingen tot een nadere beleidskeuze tijdens het proces. Nadere inlichtingen kan hij vragen (art. 8:44 en art. 8:45 Awb), maar dat is iets anders dan het bestuursorgaan dwingen om alvast een beleidskeuze te maken voor het geval dat het besluit wordt vernietigd. Wat dat betreft heeft het bestuur het in zijn macht om de rechter, als die zich naar de smaak van het bestuur teveel opstelt als geschilbeslechter, terug te dringen in zijn rol van toetser.

Ook in de bewijsrechtelijke sfeer loopt de rechter tegen grenzen aan. Hij kan partijen om nadere feitelijke gegevens vragen, maar wat doet hij als die nadere gegevens ook nog niet overtuigend zijn? Als het gegevens zijn die het bestuursorgaan moet verstrekken, zal de rechter waarschijnlijk het besluit vernietigen en de zaak alsnog terugsturen naar de bestuurlijke fase. Als de burger faalt in zijn bewijsvoering, is de kans groot dat zijn beroep ongegrond wordt verklaard. Dan is het geschil definitief in het nadeel van de burger beslecht. Dit verschil tussen burger en bestuur typeert de ongelijke positie van partijen in het bestuursprocesrecht. Tot op zekere hoogte is dat verschil onvermijdelijk, gegeven de belangen waar het bestuur voor verantwoordelijk is, welke belangen niet door een behoefte aan geschilbeslechting te zeer naar de achtergrond mogen worden geschoven. Maar de rechter dient zich van deze ongelijkheid doorlopend bewust te zijn, zodat hij de burgerpartij voldoende ruimte biedt om zijn bewijs tijdens het proces naar voren te brengen. Want de burger krijgt niet een herkansing na de rechterlijke uitspraak, zoals het bestuur dat wel krijgt na vernietiging.

6.9.1.2 'Nagenoeg definitief beslechten'

Een veelbeproeft methode is die waarbij de rechter weliswaar volstaat met een vernietiging, maar waarin de kern van het geschil zozeer is opgelost, dat de rechter in redelijkheid ervan uit kan gaan dat het geschil met zijn uitspraak is

beslecht. In dit soort gevallen zijn er vaak praktische of technische redenen om toch niet zelf in de zaak te voorzien. Hierbij moet men vooral denken aan de gevallen waarin de rechter de nadere formulering van het besluit, of een benodigde berekening overlaat aan het bestuur, wetende dat daarover vrijwel nooit een nieuw geschil ontstaat. Daarom laat de rechter het nemen van het nieuwe besluit in zo'n geval over aan het bestuursorgaan. Toch is het geschil 'nagenoeg definitief' beslecht.

6.9.1.3 *Geschillen beslechten met behulp van artikel 6:19 Awb*

In het huidige wettelijke systeem kan de rechter soms wel over beslissingsalternatieven oordelen als de besluitvorming geheel of grotendeels moet worden overgedaan, maar dan komt het er veeleer op neer dat het bestuursorgaan een besluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb neemt (wijziging of intrekking van het oude besluit, zie paragraaf 4.10). Op de voet van artikel 6:19 Awb kan dat 6:18-besluit dan worden beoordeeld in dezelfde beroepsprocedure, tenzij het aan de bezwaren van de indiener geheel tegemoetkomt.

Van deze bepalingen kan de rechter creatief gebruikmaken door het bestuursorgaan te vragen een art. 6:18-besluit te nemen. Bestuursorganen zijn weliswaar niet verplicht om daaraan mee te werken, maar zij zijn daartoe regelmatig bereid gebleken.

De regeling van artikel 6:19 Awb past goed in de ontwikkeling naar geschilbeslechting als functie van de bestuursrechtspraak. In de praktijk blijkt zij daarvoor ook te worden benut, maar tevens blijkt dat er grenzen zijn aan de bruikbaarheid van dit instrument. Dat komt vooral doordat toepassing van artikel 6:19 Awb alleen mogelijk is als het nieuwe besluit kan worden aangemerkt als een wijzigings- of intrekkingbesluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb. Om daarvoor in aanmerking te komen moet dit besluit voldoen aan een aantal voorwaarden:

- a De beslissing tot wijziging of intrekking moet een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb zijn.¹⁹⁵ Daarbij is vooral van belang dat deze beslissing op rechtsgevolg is gericht. Bij een intrekking is aan die voorwaarde voldaan. Bij een wijziging moet de rechter nagaan of in de rechtsgevolgen van het oude besluit verandering wordt gebracht. Als deze verandering er niet is, gaat het meestal om een nadere motivering van het bestreden besluit. Die nadere motivering kan vaak wel een rol spelen in de lopende procedure, maar dat gaat dan buiten artikel 6:19 Awb om.
- b Het nieuwe besluit moet genomen zijn door het orgaan dat ook het oude besluit heeft genomen.¹⁹⁶
- c Van een wijziging is slechts sprake in geval van een nadere standpuntbepaling waarbij het gaat om een herhaald gebruik van dezelfde bevoegdheid ten aanzien van dezelfde feitelijke situatie, waarbij wordt gebleven binnen de grondslag en de reikwijdte van het aanvankelijke besluit.¹⁹⁷ Het komt er in essentie op neer dat alleen sprake is van een intrekking of wijziging in de zin

195. Voorbeeld waarin dat niet zo was: ABRvS 18 december 2003, AB 2004, 96 m.nt. Sew.

196. ABRvS 9 juni 1997, AB 1997, 307 m.nt. FM; CRvB 27 maart 1996, AB 1996, 477 m.nt. FP. Anders: CRvB 17 juni 1999, JB 1999, 205 m.nt. Neerhof.

197. Aldus CRvB 7 augustus 1997, RAwb 1998, 44 m.a. Ten Berge.

van artikel 6:18 Awb indien het bestuursorgaan van het bestreden besluit terugkomt. Dat doet het uiteraard niet indien het een nieuw besluit neemt op grond van een andere wettelijke bevoegdheid dan die waarop het oude besluit was gebaseerd. Ook is van een terugkomen op het oude besluit geen sprake indien een nieuw besluit wordt genomen op basis van een gewijzigde feitelijke situatie. Gaat het om uitkeringen, dan komt het regelmatig voor dat het nieuwe besluit betrekking heeft op een andere periode dan waarop het oude besluit zag, zodat eigenlijk ook niet kan worden gesproken van een wijziging van het oude besluit.

Aan deze voorwaarden is natuurlijk lang niet altijd voldaan. Daar komt nog bij dat de regeling van artikel 6:18 en 6:19 Awb het bestuursorgaan niet verplicht om zo nodig een nieuw besluit te nemen. De regeling bepaalt alleen dat een bestaande bevoegdheid tot intrekking of wijziging niet vervalt zodra er bezwaar of beroep is ingesteld. Het gebruik van deze regeling is daarom afhankelijk van de bereidheid van bestuursorganen om hun besluiten al te herzien voordat de rechter uitspraak heeft gedaan. In de expert meeting kwam naar voren dat rechters van de rechtbanken de laatste jaren de indruk hebben gekregen dat het bestuur steeds trager gevolg geeft aan verzoeken van de rechtbank tot het nemen van zo'n nadere beslissing. Gebruik van artikel 6:18-19 Awb kan daardoor al snel leiden tot onaanvaardbaar tijdsverlies.

Uit het onderzoek dat Marseille heeft verricht naar het verloop van bestuursrechtelijke procedures bij een aantal rechtbanken, blijkt dat artikel 6:19 minder vaak wordt gebruikt dan men wellicht zou verwachten. In 311 arbeidsongeschiktheids- en bouwzaken kwam het in totaal twaalf keer voor dat het bestuursorgaan tijdens de procedure een nieuw besluit nam als bedoeld in artikel 6:18 Awb.¹⁹⁸ In elf van die gevallen ging het om een arbeidsongeschiktheidszaak en slechts in één geval om een bouwzaak.¹⁹⁹

Men mag overigens in de gevallen waarin artikel 6:19 Awb wordt gebruikt om het geschil te beëindigen niet zonder meer concluderen dat de *rechter* het geschil heeft beslecht. De door het bestuur bij de wijziging of intrekking van het besluit geformuleerde oplossing voor het geschil hoeft niet het gevolg te zijn van geschilbeslechtend handelen van de rechter. Marseille spreekt dan ook terecht van 'uitkomst van het beroep.' De wijziging of intrekking door het bestuursorgaan is weliswaar veelal een gevolg van het aanhangig gemaakte beroep, maar dat betekent nog niet dat het een gevolg is van het handelen van de rechter. Uit het onderzoek van Marseille blijkt dat de wijziging of intrekking van het bestreden besluit vaak op eigen initiatief van het bestuursorgaan geschiedt, en ongeveer even vaak naar aanleiding van een gebeurtenis in de beroepsprocedure, bijvoorbeeld als een reactie op een rapport van een door de rechter benoemde deskundige of naar aanleiding van het verhandelde ter zitting.

198. Marseille (2004), p. 144.

199. Dat laatste is niet verwonderlijk, want bouwvergunningen kunnen niet zo gemakkelijk worden ingetrokken als gevolg van artikel 59 Woningwet.

Ook in hoger beroep vervult artikel 6:19 Awb een functie voor de geschilbeslechting. De (analoge) toepassing van de bepaling maakt het mogelijk dat de hogerberoepsrechter het nieuwe besluit, dat ter uitvoering van een door de rechtbank uitgesproken vernietiging is genomen, in zijn beoordeling van het geschil betreft. Op hetgeen daarover is geschreven in paragraaf 4.10 is door de interviews en de expert meeting geen nieuw licht geworpen.

6.9.2 *Nieuwe methoden ter verbetering van de geschilbeslechting*

Tijdens de interviews en de expert meeting is ook ter sprake gebracht welke mogelijkheden tot verbetering de rechters in de toekomst voor zich zien. Hieronder komen aan de orde de bestuurlijke lus (paragraaf 6.9.2.1), de judiciële lus (paragraaf 6.9.2.2), bewijslastverdeling (paragraaf 6.9.2.3) en comparities (paragraaf 6.9.2.4).

6.9.2.1 *De bestuurlijke lus*

In paragraaf 4.7 is de zogenoemde bestuurlijke lus besproken. Die komt erop neer dat de rechter met zijn uitspraak wacht totdat hij van het bestuur een nadere standpuntbepaling heeft ontvangen. De rechter kan zich, ook in gevallen waarin er nog keuzevrijheid aan het bestuur toekomt, verdiepen in de vraag welk besluit voor het vernietigde besluit in de plaats mag komen. Het besluitvormingsprimaat van het bestuur kan hij in stand laten door aan het betrokken bestuursorgaan te vragen hoe het de geconstateerde gebreken denkt te herstellen of welke beslissing het ter vervanging van het vernietigde besluit zou willen nemen. De rechter kan de behandeling van de zaak aanhouden totdat het bestuursorgaan (binnen een daartoe gestelde termijn) een vervangende beslissing heeft voorgedragen. In paragraaf 4.7 is het concept-wetsvoorstel besproken waarin deze constructie is uitgewerkt voor opname in de Awb.

Uit de interviews en de expert meeting is naar voren gekomen dat veel rechters deze constructie een stap vooruit zouden vinden. Maar niemand zag deze wetswijziging als een absolute voorwaarde voor het gebruik van de bestuurlijke lus. De vraag of het onderwerp 'definitieve geschilbeslechting' de aandacht verdient bij de evaluatie van de Awb werd unaniem met ja beantwoord. Opvallend en wellicht enigszins paradoxaal is dat de rechters geen duidelijke taak voor de Awb-wetgever weggelegd zien. Alle geïnterviewden zijn eigenlijk van mening dat de Awb zelf geen obstakel vormt, omdat deze voldoende bevoegdheden kent en toekent om geschillen te kunnen beslechten. Toch zien de meeste rechters wel een voordeel in een wettelijke regeling van een bestuurlijke lus. Die regeling zou duidelijk maken dat definitieve geschilbeslechting een doelstelling van de Awb is en de rechter er zoveel mogelijk naar moet streven.

In de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel wordt overigens het standpunt ingenomen dat wettelijke regeling wel nodig is om de bestuurlijke lus goed te laten werken. Daarvoor worden drie redenen genoemd. De eerste is dat de rechter bij zijn uitspraak, dus na de lus, gebonden moet zijn aan de feitenvaststelling en de rechtsoordelen in zijn tussenuitspraak. De introductie van een bin-

dende tussenuitspraak in het bestuursprocesrecht maakt een wetwijziging noodzakelijk. De tweede reden is dat wetwijziging het mogelijk maakt om de bestuurlijke lus te binden aan termijnen. De derde reden is dat een wettelijke regeling een stimulans kan zijn om de bestuurlijke lus te gaan toepassen.

De bestuurlijke lus heeft ook een keerzijde. Verlenging van de doorlooptijden mag natuurlijk niet het resultaat zijn van een poging om de geschilbeslechting te verbeteren. Daar wijst ook Marseille op, die daarin een reden ziet om zich tegen de introductie van een bestuurlijke lus te keren.²⁰⁰ Maar in die redenering wordt te weinig aandacht besteed aan het feit dat na een vernietiging met terugwijzing het geschil voor partijen nog doorloopt. In de gevallen waarin het geschil na vernietiging snel is opgelost, hoeft een bestuurlijke lus ook niet veel tijd in beslag te nemen. In de gevallen waarin het ernaar uitziet dat de nieuwe besluitvorming te tijdrovend zal zijn, zal de rechter geneigd zijn om van de toepassing van de bestuurlijke lus af te zien. En als de rechter de gelegenheid tot het toepassen van een bestuurlijke lus biedt, kan het bestuur er vaak nog van afzien. Die ruimte krijgt het bestuur althans volgens het concept-wetsvoorstel in zaken waarin nog hoger beroep mogelijk is. In andere zaken, waarin de rechter het bestuur tot een bestuurlijke lus kan dwingen, moet het bestuursorgaan de rechter kunnen wijzen op de te verwachten complicaties. Dat pleit ervoor om in de wettelijke regeling in te bouwen dat het bestuur, ook als het door de rechter wordt verplicht tot een bestuurlijke lus, daar zijn bedenkingen tegen kan aanvoeren, waarna de rechter beslist of de bestuurlijke lus wordt toegepast.

6.9.2.2 *Judiciële lus*

Met deze term werd door geïnterviewde rechters en in de expert meeting geduid op een constructie die zou moeten worden toegepast in gevallen waarin de rechter in hoger beroep het bestreden besluit van het bestuursorgaan vernietigt en het bestuursorgaan vervolgens een nieuw besluit moet nemen. Volgens de huidige wet staat tegen het nieuwe besluit beroep open bij de rechtbank en tegen de uitspraak die de rechtbank daarop doet staat weer hoger beroep open. Hogerberoepsrechters achten het wenselijk dat in zo'n geval de hogerberoepsrechter kan bepalen dat tegen het nieuwe besluit direct beroep bij hem zelf open staat. De route via de rechtbank wordt dan overgeslagen. Deze constructie zou alleen mogelijk zijn na een daartoe strekkende wetwijziging.

6.9.2.3 *Bewijslastverdeling*

De geïnterviewde rechters verwachten dat het werken met een expliciete en tijdige bewijslastverdeling de geschilbeslechting zou kunnen bevorderen. Maar verschillende rechters stonden ook onwennig tegenover het idee om met een duidelijke bewijslastverdeling te werken, omdat het moeilijk is in te passen in de nu bestaande praktijk. Tijdens de expert meeting werd door sommige rechters bezwaar geuit tegen het idee van tussenuitspraken, omdat daartegen hoger beroep mogelijk zou moeten zijn.

200. Marseille 2004, p. 174.

Naar onze mening zou een explicietere functie van de bewijslastverdeling de geschilbeslechting kunnen verbeteren. Uit de interviews en de expert meeting is gebleken dat de rechters aan het feitenonderzoek en de feitenvaststelling slechts gedeeltelijk plaats bieden in het proces bij de rechter. Een deel van de rechters beschouwt het feitenonderzoek en de feitenvaststelling hoofdzakelijk als een verantwoordelijkheid van het bestuur, dat daar in samenspraak met de burger(s) in de bestuurlijke procedure uit moet zien te komen. De rechter corrigeert zonedig het bestuur.

Als het zo werkt, wordt het geschil over de feiten door partijen gevoerd en staat het rechterlijke onderzoek naar de feiten niet zo centraal als men bij lezing van hoofdstuk 8 van de Awb zou denken. Zou het bestuursprocesrecht met een expliciete en tijdige verdeling van de bewijslast werken, dan zou het duidelijk zijn dat het geschil over de feiten in beginsel door partijen wordt gevoerd. In die richting heeft het bestuursprocesrecht zich sinds de inwerkingtreding van de Awb steeds duidelijker ontwikkeld (vergelijk hierboven, paragraaf 6.4). De rechter kan zijn bevoegdheid om de feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb) gewoon behouden, maar partijen moeten tijdig weten of de rechter daar in hun geval ook gebruik van zal gaan maken. Want als dat niet het geval is, hangt de onthulling van de materiële waarheid geheel af van het door partijen te leveren bewijs.

Partijen zouden er door de tijdige verdeling van de bewijslast toe worden aangezet om hun bewijs zoveel mogelijk rond te hebben vóór de zitting. De bewijslastverdeling zal er in veel gevallen op neerkomen dat het bestuursorgaan bepaalde gegevens moet aanleveren of nader onderzoek moet verrichten, maar zij zal ook tot de burgerpartijen gericht kunnen zijn, die immers een eigen verantwoordelijkheid hebben voor het onderbouwen van hun feitelijke stellingen.

Als de rechter niet op basis van de stukken uit het dossier tot een bewijslastverdeling kan komen, zou hij daartoe een comparitie kunnen gelasten. Een daaropvolgende tussenuitspraak zou partijen de gelegenheid bieden om al rekening te houden met wat de rechter vindt van het bewijs dat zij in de bestuurlijke fase en in het beroep- en verweerschrift hebben vergaard, en zo nodig nader bewijs te leveren.

Een voordeel van bewijslastverdeling zou zijn dat de rechter minder snel zou aanlopen tegen de in paragraaf 6.4.2 genoemde belemmeringen, die hem er nu vaak toe brengen om het feitenonderzoek en de feitenvaststelling primair aan het bestuur over te laten. Het bestuursorgaan zou het feitenonderzoek dat na de vernietiging wordt verricht, in veel gevallen ook vóór de rechterlijke uitspraak kunnen verrichten. Maar dan moet het wel tijdig vernemen dat de rechter van plan is om te gaan vernietigen.

Hierbij moet men bedenken dat een bewijslastverdeling in de huidige praktijk van de bestuursrechtspraak goed zou passen. De Awb zwijgt er weliswaar over, maar partijen krijgen regelmatig te horen dat zij iets moeten bewijzen of hadden moeten bewijzen. Dat hier vaak de term 'aannemelijk maken' wordt gebruikt, maakt dit niet anders. Ook de burgerpartij krijgt regelmatig te horen dat hij iets had moeten bewijzen. Volgens de jurisprudentie moet de burger feiten vaak zelfs al bewijzen in de bestuurlijke fase, omdat zij dan al in zijn 'bewijsdomein' vallen.²⁰¹ De bewijslastverdeling bestaat al in het bestuursprocesrecht, maar zij is alleen onduidelijk voor partijen.

6.9.2.4 *Comparities*

In paragraaf 4.9 is gewezen op het gebruik van comparities in een vroeg stadium van de procedure, waarmee bevorderd zou kunnen worden dat de punten van geschil in een vroeg stadium duidelijk worden. Aan het eind van de procedure kan dat tot gevolg hebben dat het werk verricht is dat gedaan moet zijn voordat het geschil kan worden beslecht. Naast comparities kan men ook denken aan regiezittingen: een in een vroeg stadium gehouden zitting waarop wordt onderzocht wat er nog moet gebeuren om tot een uitspraak te kunnen komen.

Het gebruik van comparities en regiezittingen stelt de rechter en partijen in staat om zich te oriënteren op de mogelijkheden die in hun zaak worden geboden door de hierboven genoemde methoden van geschilbeslechting in het proces bij de rechter. Nagegaan kan worden of partijen nadere standpunten naar voren kunnen brengen die een oplossing voor het geschil dichterbij zouden kunnen brengen (paragraaf 6.9.1.1). Besproken kan worden of het bestuursorgaan een 6:18-besluit zou kunnen nemen dat in de beoordeling van het geschil zou kunnen worden betrokken (paragraaf 6.9.1.2). De rechter kan op basis van hetgeen in de comparitie of de regiezitting naar voren is gekomen een bewijslastverdeling tussen partijen opstellen of beslissen om zelf de feiten aan te vullen, bijvoorbeeld door een deskundige te benoemen of getuigen op te roepen. Ook kunnen in de toekomst wellicht de mogelijkheden van een bestuurlijke lus worden onderzocht tijdens een comparitie of een regiezitting. Uiteraard kunnen comparities ook een functie vervullen bij het bereiken van een schikking, maar schikkingen vallen buiten de grenzen van dit evaluatieonderzoek.

De rechters die aan het onderzoek meegewerkt hebben, erkennen vrij algemeen dat er met comparities meer gedaan zou kunnen worden. Maar zij stuiten op de beperkingen die voortvloeien uit de praktijk van alledag. Als er op grote schaal comparities of regiezittingen zouden worden gehouden, zouden er plannings- en capaciteitsproblemen kunnen ontstaan. Sommige rechters opperden dat de oplossing gezocht zou moeten worden in het achterwege laten van de zitting, indien de comparitie voldoende gegevens heeft opgeleverd om uitspraak te kunnen doen. Zij betwijfelden of artikel 8:57 Awb voldoende mogelijkheden biedt, nu daarin is bepaald dat voor het achterwege laten van een zitting de toestemming van partijen nodig is. Ook betwijfelden zij of artikel 8:54 Awb (vereenvoudigde behandeling van kennelijk gegronde of ongegronde beroepen) daarvoor gebruikt zou kunnen worden, behalve wellicht in evidente gevallen.

In zijn VAR-preadvies uit 2001 heeft Van Ettekov en erop gewezen dat het houden van comparities er ook toe zou kunnen leiden dat partijen vaker zelf tot een oplossing komen, bijvoorbeeld doordat een schikking wordt bereikt of doordat de eiser zijn beroep intrekt omdat hem bij de comparitie duidelijk is geworden dat hij er niet veel meer van hoeft te verwachten. Als die verwachting zou uitkomen, zou het houden van comparities ertoe kunnen leiden dat er minder uitspraken behoeven te worden gedaan en minder zittingen behoeven te worden gehouden. Maar comparities kunnen er ook toe leiden dat partijen, naar aanleiding van wat er ter sprake is gekomen, nog eens flink werk gaan maken van hun zaak. Dat kan

201. Schreuder-Vlasblom/Daalder 2000; De Waard 2006.

weer extra werk opleveren voor de rechter. Nieuwe stukken en nieuwe standpunten kunnen een nieuwe zitting nodig maken.

Maar voorkomen moet worden dat een nieuwe zitting ook nodig is als er al uitspraak kan worden gedaan op basis van het verhandelde tijdens de comparitie en hetgeen daarna schriftelijk naar voren is gebracht. Daarom verdient het aanbeveling dat de wetgever in de Awb vastlegt dat de zitting achterwege kan blijven indien er een comparitie is gehouden en hetgeen daarna is uitgewisseld geen aanleiding geeft tot een onderzoek ter zitting.

6.10 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In dit zesde hoofdstuk stonden twee vragen centraal. Welke factoren zijn in de tegenwoordige praktijk van de bestuursrechter van invloed op de mogelijkheden om geschillen definitief te beslechten? En op welke manieren proberen de bestuursrechters de geschilbeslechting verder te verbeteren?

De gebruikte gegevens zijn verzameld door middel van drie methoden: de codering van rechterlijke uitspraken waarin zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, interviews met bestuursrechters en een expert meeting.

6.10.1 Factoren die de definitieve geschilbeslechting bemoeilijken

Het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten mag volgens de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie de bestuurlijke keuzevrijheid (beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid) niet doorkruisen. Bestuursrechters zijn zich daarvan in hun werk doorlopend bewust. Bij het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien is de terughoudendheid groter dan bij het in stand laten van de rechtsgevolgen.

Traditioneel wordt de machtenscheiding beschouwd als de belangrijkste reden voor rechterlijke terughoudendheid in geschilbeslechting. De resultaten van ons onderzoek geven geen aanleiding om dat dogma als sleets of verouderd af te doen. Maar zij geven wel aanleiding deze reden met andere redenen voor de rechterlijke terughoudendheid aan te vullen. Bestuurlijke keuzevrijheid is zeker niet de enige oorzaak van de beperkte mogelijkheden om geschillen definitief te beslechten. Bepalend is veeleer hoeveel ruimte het proces bij de rechter biedt voor methoden die definitieve geschilbeslechting naderbij kunnen brengen. Van belang is vooral of de partijen en de rechter de mogelijkheid hebben en benutten om de beslissingalternatieven en nadere gegevens over feiten en bewijs in de procedure te betrekken. Verschillende factoren kunnen de definitieve geschilbeslechting bemoeilijken. Op basis van ons onderzoek onderscheiden wij negen verschillende factoren.

1 *Beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid van het bestuur*

Zelf in de zaak voorzien gebeurt maar zeer weinig in gevallen waarin rechtens nog meer dan één beslissing mogelijk is. De bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten blijkt in die gevallen beter bruikbaar, zonder dat de rechter daarbij de bestuurlijke keuzevrijheid doorkruist. De rechter onderzoekt of er voor het

bestuur nog beslissingalternatieven resteren na een vernietiging. Daardoor behoeven de gevallen waarin de rechter het geschil definitief beslecht, niet beperkt te blijven tot gevallen waarin er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is. Er zijn ook gevallen waarin er nog beslissingsvrijheid is, maar de rechter er tijdens het proces achterkomt hoe het bestuur die vrijheid wil gaan gebruiken. En er zijn gevallen waarin de rechter een primaire taak heeft, zoals bij de bestuurlijke boete. De vraag is wel hoe ver de rechter met zijn onderzoek naar beslissingalternatieven gaat. Hanteert hij een toetsingsperspectief, dan beperkt hij zich in beginsel tot een oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Hanteert hij een geschilbeslechtingsperspectief, dan probeert hij zijn oordeel uit te breiden tot de beslissingalternatieven. Op terreinen waar het bestuur beschikt over ruime tot zeer ruime discretionaire bevoegdheden, zoals in de ruimtelijke ordening, wordt vaak volstaan met een vernietiging en wordt het onderzoek naar de beslissingalternatieven overgelaten aan het bestuur. Op terreinen waar de bestuurlijke bevoegdheden meer gebonden zijn, zoals in de sociale zekerheid, wordt meer gewerkt vanuit een geschilbeslechtingsperspectief.

2 *Benodigde inhoudelijke deskundigheid*

Voor veel besluiten is een deskundigheid vereist waar de rechter niet over beschikt. Dat is vaak een reden om het feitenonderzoek te beschouwen als een verantwoordelijkheid van het bestuur. De rechter zelf beperkt zich dan tot het toetsen of het bestuurlijke feitenonderzoek wel zorgvuldig is geweest.

Het gebrek aan deskundigheid kan ook een reden zijn om de nadere invulling en vormgeving van een besluit aan het bestuur over te laten. In de gevallen waarin dat gebeurt, is het geschil vaak wel 'nagenoeg definitief beslecht' omdat bijvoorbeeld al wel vaststaat welke uitkering iemand krijgt en alleen de exacte hoogte ervan nog moet worden berekend aan de hand van de daarvoor geldende maatstaven.

3 *Het verschil in toetsingsmoment (ex nunc en ex tunc)*

De rechter beoordeelt een besluit op basis van de feiten en omstandigheden zoals zij waren op het moment waarop het bestreden besluit werd genomen (ex tunc). Het bestuursorgaan beslist op basis van de feiten zoals zij zijn op het moment waarop het besluit wordt genomen (ex nunc). Als de rechter volstaat met een vernietiging, beperkt hij zich tot de feiten ex tunc. Wil hij nagaan of hij het geschil definitief kan beslechten, dan moet hij zich op de hoogte stellen van de feitelijke situatie ex nunc. Als het om feitelijke kleinigheden gaat, wordt dat niet als bezwaarlijk ervaren. Maar als er een grondig onderzoek moet worden verricht, deinst de rechter daarvoor terug.

4 *Mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan*

De mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting zijn in de praktijk vaak beperkt doordat de vertegenwoordigers ter zitting (of in een comparitie) onvoldoende mandaat hebben om namens het bestuursorgaan nadere standpunten in te nemen. Als het om geringe marges in de besluitvorming gaat, zou dat ruimere mandaat geen probleem behoeven te zijn. Gaat het om beleidskeuzes waarvoor het bestuursorgaan geen verantwoordelijkheid wil afstaan aan een procesverte-

genwoordiger, dan kan in een deel van de gevallen de oplossing worden gevonden door een lid van het orgaan zelf naar de zitting te laten gaan. Maar er zijn natuurlijk ook vrij veel beleidskeuzes die zich er niet goed voor lenen om in het proces bij de rechter te worden gemaakt.

5 *Procedurele en formele belemmeringen*

Het vergaren van relevante feiten en het afwegen van betrokken belangen dient ingevolge wettelijke voorschriften vaak te verlopen via bepaalde procedures, zoals de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb) of een inspraakprocedure. Als die procedure nog niet is doorlopen, of als het bestuursorgaan er steken bij heeft laten vallen, kan de rechter vaak niets anders doen dan het bestuursorgaan die procedure (opnieuw) laten doorlopen.²⁰²

6 *De betrokkenheid van derden*

In geschillen waarin maar twee partijen betrokken zijn, omdat het bijvoorbeeld over een uitkering gaat, biedt de procedure meer mogelijkheden om tot een eindoordeel te komen dan wanneer het geschil zich beperkt tot twee partijen. In een zuiver tweepartijengeschil kan de rechter in overleg met partijen de beslissingalternatieven bespreken. Partijen kunnen nadere standpunten naar voren brengen en nader bewijs leveren. Het bestuursorgaan kan een nadere belangenafweging verrichten. Omdat er geen andere belanghebbenden direct bij betrokken zijn, kan daarbij hoor en wederhoor plaatsvinden binnen het proces bij de rechter. Zijn er daarentegen belangen van derden in het spel die zelf geen partij zijn, dan is dat vaak een reden om het bestuur na vernietiging een nieuw besluit te laten nemen.

7 *Doorlooptijden*

Op grond van de interviews en de expert meeting moet worden aangenomen dat de definitieve geschilbeslechting in negatieve zin wordt beïnvloed door de druk die op de bestuursrechters wordt uitgeoefend om de doorlooptijden zo kort mogelijk te houden. Niet alle rechters worden hierdoor in gelijke mate beïnvloed, maar over het geheel genomen moet een negatieve invloed worden vastgesteld.

8 *Werklastverdeling tussen rechter en bestuur*

Aan definitieve beslechting van het geschil komt de rechter vaak niet toe omdat hij moet voorkomen dat hij het werk van het bestuur gaat verrichten. Sommige rechters zeggen niet 'het huiswerk van het bestuursorgaan' te willen maken. De rechter wil voorkomen dat het bestuursorgaan zijn eigen taakuitoefening voor zich uit schuift, totdat het bij de rechter ligt.

9 *Zittingsgericht werken*

Sinds de invoering van de Awb zijn steeds meer bestuursrechters overgegaan op de zogenoemde zittingsgerichte werkwijze bij de behandeling van zaken. Die werkwijze houdt in dat het zwaartepunt van het rechterlijke onderzoek ligt op het onderzoek ter zitting. In feite wordt daardoor in verreweg de meeste zaken geen

202. Zie over besluiten die zijn genomen door een onbevoegd bestuursorgaan paragraaf 6.6.4.

vooronderzoek gedaan, anders dan dat rechters en ondersteuning het dossier bestuderen. Heropening van het onderzoek of schorsing van het onderzoek ter zitting zou de procedure verlengen en brengt – als dit op grote schaal zou gebeuren – de doorlooptijden in gevaar. Daarom wordt er vaak de voorkeur aan gegeven om te vernietigen en het bestuursorgaan zijn fout te laten herstellen. Het zittingsgerichte werken heeft daardoor een negatieve invloed op de finaliteit van de geschilbeslechting.

6.10.2 Mogelijkheden voor meer definitieve geschilbeslechting

In de interviews geven bijna alle rechters aan dat zij in principe wel verder kunnen gaan in de definitieve geschilbeslechting. En zij vertellen ook dat zij dat zoveel mogelijk proberen te doen, met name door procedurele vernietigingen te voorkomen indien die geen inhoudelijke consequenties voor het besluit zullen hebben. Zij geven ook aan dat er waarschijnlijk vaker zelf in de zaak zou kunnen worden voorzien of de rechtsgevolgen in stand zouden kunnen worden gelaten. Maar dat vergt activiteiten van de rechter en partijen, die vaak niet haalbaar zijn. In de interviews en de expert meeting is aan de rechters gevraagd welke mogelijkheden zij zien om de geschilbeslechting verder te verbeteren. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen methoden die nu al worden gebruikt en methoden die in de toekomst, zo nodig na een wijziging van de Awb, zouden kunnen worden gebruikt.

6.10.2.1 Methoden die in de huidige rechtspraktijk al worden gebruikt

Uit het onderzoek is een aantal methoden naar voren gekomen die bestuursrechters gebruiken om vaker tot definitieve geschilbeslechting te komen. De volgende methoden zijn uit het onderzoek naar voren gekomen.

Nadere standpunten van partijen tijdens het proces

Als de rechter een gebrek in het bestreden besluit constateert, kan hij het bestuursorgaan vragen om aan te geven hoe het dit gebrek zou herstellen. Als hij van oordeel is dat er nader feitenonderzoek of nader bewijs nodig is, kan hij het bestuursorgaan verzoeken nadere gegevens te verstrekken of nader feitenonderzoek te doen. Hij kan ook de burgerpartij vragen om bewijs te leveren ten aanzien van bepaalde stellingen die die burgerpartij heeft gedaan. Hiermee kan de rechter in een deel van de gevallen voorkomen dat hij moet volstaan met vernietiging wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing van het bestreden besluit.

Ook als de rechter constateert dat het bestuursorgaan nog een zekere keuzevrijheid heeft omdat er nog beleids- of beoordelingsvrijheid resteert, zou hij het bestuursorgaan kunnen verzoeken om een nader standpunt in te nemen. De rechter kan dan (na de reactie van de andere partijen op de gemaakte keuze) de door het bestuursorgaan gemaakte keuze aan het recht toetsen.

Een deel van de rechters maakt al gebruik van deze methode. De methode kan de rechter gebruiken indien is voldaan aan de volgende drie voorwaarden:

- a Het bestreden besluit vertoont een gebrek dat niet van dien aard is dat de besluitvorming geheel of grotendeels moet worden overgedaan.

- b Het geschil kan naar verwachting definitief worden opgelost als er nadere standpunten door partijen worden ingenomen of nadere gegevens worden verstrekt.
- c De nadere standpunten kunnen ter zitting of in een schriftelijke ronde na de zitting tussen partijen worden besproken.

‘Nagenoeg definitief beslechten’

In gevallen waarin de rechter volstaat met een vernietiging, wordt de kern van het geschil soms zozeer opgelost, dat de rechter in redelijkheid ervan uit kan gaan dat het geschil met zijn uitspraak is beslecht. In dit soort gevallen zijn er vaak praktische of technische redenen (formulering van een besluit, het maken van een benodigde berekening) om toch niet zelf in de zaak te voorzien.

Geschillen beslechten met behulp van artikel 6:19 Awb

De regeling van art. 6:19 Awb, die al werd besproken in paragraaf 4.10, past goed in de ontwikkeling naar geschilbeslechting als functie van de bestuursrecht-spraak. In de praktijk blijkt zij daarvoor ook te worden benut, maar tevens blijkt dat er beperkingen zijn aan de bruikbaarheid van dit instrument. Een van die beperkingen is dat het bestuursorgaan niet verplicht is om een nieuw besluit te nemen, ook al wordt daar door de rechter om gevraagd.

6.10.2.2 Nieuwe methoden ter verbetering van de geschilbeslechting

De bestuurlijke lus

In paragraaf 4.7 is de bestuurlijke lus besproken. Die komt erop neer dat de rechter met zijn uitspraak wacht totdat het bestuur een nieuw besluit heeft genomen of in een schriftelijk stuk heeft aangegeven hoe de aangeduide gebreken zouden moeten worden weggenomen. Uit de interviews en de expert meeting is naar voren gekomen dat veel rechters deze constructie een stap vooruit zouden vinden. Maar niemand zag deze wetwijziging als een absolute voorwaarde voor het gebruik van de bestuurlijke lus.

Uit het onderzoek blijkt dat er nu al methoden ter verbetering van de geschilbeslechting worden gebruikt, die sterke overeenkomsten vertonen met de methode van de bestuurlijke lus. Daarmee doelen wij op de ‘nadere standpunten van partijen tijdens het proces,’ zoals besproken in paragraaf 6.9.1.1 en hierboven kort samengevat in paragraaf 6.10.2.1. Dat wekt wellicht de indruk dat het ook wel zonder wettelijke regeling kan. Toch zijn er naar het oordeel van de onderzoekers redenen om de voorkeur te geven aan een wettelijke regeling.

Ten eerste maakt een wetwijziging mogelijk dat de rechter het bestuur aan termijnen bindt bij de uitvoering van de bestuurlijke lus. Dat dit geen overbodige luxe is, blijkt uit de ervaring van sommige rechtbankrechters dat het bestuur steeds trager reageert op een verzoek om een vervangende beslissing te nemen.

Ten tweede maakt een wetwijziging mogelijk dat de rechter een echte tussenuitspraak doet, waarin hij materiële rechtsoordelen over het bestreden besluit kan geven die bij de einduitspraak bindend zullen zijn. Voorkomen moet immers worden dat de rechter na de bestuurlijke lus van een ander rechtsoordeel uitgaat dan daarvoor. Maar die verbindendheid kan ook verstarrend werken. De regel

zou moeten zijn dat de rechter niet ten nadele van een of meer van de partijen terug mag komen op de overwegingen die in de tussenuitspraak ten grondslag zijn gelegd aan het oordeel dat het bestreden besluit onrechtmatig was. Ten derde is een wetswijziging van belang omdat deze de rechterlijke opdracht tot definitieve geschilbeslechting duidelijk tot uitdrukking brengt. Bij de invoering van de Awb was het nog zo dat de rechter zich leek te moeten verantwoorden als hij het geschil definitief beslecht. Maar het zou veeleer omgekeerd moeten zijn: de rechter zou moeten motiveren waarom hij van de bestaande mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting in een concreet geval niet gebruikmaakt (zie over die verantwoording ook paragraaf 4.11 en 4.13). Een wetswijziging zou deze ontwikkeling van toetsing naar geschilbeslechting duidelijk markeren.

Judiciële lus

De proceseconomie zou gediend zijn met een wetswijziging op grond waarvan de hogerberoepsrechter kan bepalen dat tegen het nieuwe besluit dat na een door hem uitgesproken vernietiging wordt genomen, direct beroep bij hem zelf open staat. De route via de rechtbank wordt dan overgeslagen.

Bewijslastverdeling

De geïnterviewde rechters verwachten dat het werken met een expliciete en tijdige bewijslastverdeling de geschilbeslechting zou kunnen bevorderen. Maar verschillende rechters stonden ook onwennig tegenover het idee om met een duidelijke bewijslastverdeling te werken, omdat het moeilijk is in te passen in de nu bestaande praktijk. Tijdens de expert meeting werd door sommige rechters bezwaar geuit tegen het idee van tussenuitspraken, omdat daartegen hoger beroep mogelijk zou moeten zijn.

Naar onze mening zou een explicietere functie van de bewijslastverdeling de geschilbeslechting kunnen verbeteren.

Comparities

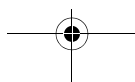
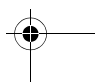
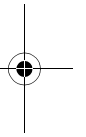
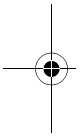
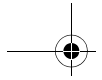
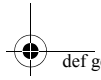
Het gebruik van comparities stelt de rechter en partijen in staat om zich te oriënteren op de mogelijkheden die in hun zaak worden geboden door de hierboven genoemde methoden van geschilbeslechting in het proces bij de rechter. Nagegaan kan worden of partijen nadere standpunten naar voren kunnen brengen die een oplossing voor het geschil dichterbij zouden kunnen brengen. Besproken kan worden of het bestuursorgaan een 6:18-besluit zou kunnen nemen dat in de beoordeling van het geschil zou kunnen worden betrokken. De rechter kan op basis van hetgeen in de comparitie of de regiezitting naar voren is gekomen een bewijslastverdeling tussen partijen opstellen of beslissen om zelf de feiten aan te vullen. Omdat de doorlooptijden in gevaar zouden komen indien rechters in een groot aantal zaken niet alleen een zitting, maar ook een comparitie zouden houden, verdient het aanbeveling dat de wetgever in de Awb vastlegt dat de zitting achterwege kan blijven indien er een comparitie is gehouden en hetgeen daarna is uitgewisseld geen aanleiding geeft tot een onderzoek ter zitting.

De hierboven besproken methoden ter verbetering van de geschilbeslechting zouden in belangrijke mate kunnen bijdragen aan het wegnemen van de belemmerende factoren, die in paragraaf 6.10.1 zijn samengevat. De methode van de bestuurlijke lus laat het besluitvormingsprimaat bij het bestuursorgaan, zodat diens beleids- en beoordelingsvrijheid (1), inhoudelijke deskundigheid (2) en ex nunc-toetsing (3) behouden blijven. Ook het werken met een expliciete bewijslastverdeling maakt duidelijk dat het bestuur primair verantwoordelijk blijft voor de feitenvaststelling.

Het probleem dat de procesvertegenwoordiger van het bestuursorgaan vaak onvoldoende mandaat heeft voor het voeren van onderhandelingen (4), wordt ondervangen doordat in de bestuurlijke lus het bestuursorgaan zelf de nieuwe beslissing neemt. Het houden van comparities in een vroeg stadium van het proces biedt de procesvertegenwoordiger bovendien de gelegenheid om nader overleg te voeren met het verantwoordelijke orgaan.

Moeilijker ligt het wanneer een geheel nieuwe besluitvormingsprocedure moet worden doorlopen, bijvoorbeeld omdat de wettelijk voorgeschreven procedure niet is gevolgd (5). Dan zal in veel gevallen de rechter volstaan met een vernietiging en eventueel het primaire besluit herroepen teneinde de bestuurlijke besluitvormingsfase te doen herleven. Minder complexe gebreken van formeel-procedurele aard kunnen evenwel zonder principiële bezwaren in een bestuurlijke lus worden hersteld. Op informele wijze gebeurt dat nu ook al, doordat rechters formele gebreken die niet relevant zijn voor het inhoudelijke resultaat, vaak passeren. In zaken waarin de te nemen beslissing de belangen van derden raakt die niet als partij aan het geding deelnemen (6), stuit de rechter ook op situaties waarin het proces te complex zou worden als de hernieuwde besluitvorming onder zijn regie moet plaatsvinden. Maar een overzienbare groep van derdebelanghebbenden kan niet worden gezien als een belemmering voor het gebruik van de bestuurlijke lus.

Er zit ook een keerzijde aan de besproken methoden ter verbetering van de geschilbeslechting. De problemen die overwonnen moeten worden bij de toepassing ervan hebben te maken met doorlooptijden (7), werklastverdeling (8) en zittingsgericht werken (9). Het gebruik van de bestuurlijke lus, comparities en vooronderzoek gaan gepaard met een beroep op de werktijd van rechters en hun ondersteuning. Het is onvermijdelijk dat verbetering van de geschilbeslechting gepaard gaat met vergroting en versterking van het rechterlijke apparaat. Dat kost geld, maar voor niets gaat de zon op. Als dat een reden is om ervan af te zien geschillen definitief te beslechten, dan moet dat met zoveel woorden worden toegegeven. Op de vraag of de geschilbeslechting kan worden verbeterd, moet het antwoord zijn dat de normatieve uitgangspunten van het bestuursrecht en het procesrecht zich daartegen niet verzetten.



7 De invloed van de rechter op het geschil na de vernietiging

7.1 INLEIDING

Als de rechter volstaat met vernietiging van het bestreden besluit, moet het bestuursorgaan daarna een nieuw besluit nemen (uitzonderingen daargelaten). Soms is dat eenvoudig een kwestie van uitvoeren van de rechterlijke uitspraak, waarna het probleem is opgelost. Maar het geschil zet zich in een deel van de zaken voort over de vraag of het nieuwe besluit wel rechtmatig is.

Dit roept de volgende vragen op. Op welke manier probeert de rechter, indien hij het geschil niet zelf definitief beslecht, te voorkomen dat het geschil na vernietiging voortleeft (paragraaf 7.2)? Wordt uit de verrichte dossierstudies (fase 3 van dit onderzoek) duidelijk of die manier goed werkt (paragraaf 7.3)?

De selectie voor de 25 dossierstudies

Bij de selectie van de dossiers is van het volgende uitgegaan. De gevallen moesten afkomstig zijn van één van de door ons onderzochte colleges. Er is om organisatorische redenen naar gestreefd om het aantal bestuursorganen dat bij het onderzoek betrokken moest worden zo klein mogelijk te houden.

De gevalstudies moesten betrekking hebben op:

- het verlenen of weigeren van milieuvergunningen of op het verbinden van voorschriften aan die vergunningen (Afdeling),
- besluiten tot handhaving dan wel besluiten om niet te handhaven (rechtbanken of Afdeling),
- het verlenen dan wel weigeren van gemeentelijke vergunningen, waaronder bouwvergunningen (rechtbanken of Afdeling),
- besluiten met betrekking tot het verlenen van bijstand (rechtbanken of CRvB),
- besluiten ten aanzien van ambtenaren (rechtbanken of CRvB),
- besluiten van de OPTA (rechtbank Rotterdam en CBb),
- besluiten van het College Toelating bestrijdingsmiddelen (CBb).

De uitspraken zijn geselecteerd uit de periode 2002-2003, omdat van die geschillen verwacht kan worden dat ze inmiddels tot een einde gebracht zijn. In zes van de 25 dossierstudies zijn ook de partijen geïnterviewd over het verloop van de zaak na de vernietiging.

7.2 OP WELKE MANIER PROBEERT DE RECHTER, INDIEN HIJ HET GESCHIL NIET ZELF DEFINITIEF BESLECHT, TE VOORKOMEN DAT HET GESCHIL NA Vernietiging voortleeft?

Uit de interviews en de expert meeting is af te leiden dat de rechters (de één meer dan de ander) proberen zoveel mogelijk door te dringen tot de *kern van het geschil*, in de veronderstelling dat zij het geschil dan beter kunnen beslechten.

Het is mogelijk dat een besluit wordt vernietigd op een van de aangevoerde gronden, terwijl de overige gronden onbesproken blijven. In de tijd van de Wet Arob kwam dat veel voor. Het niet in de uitspraak bespreken van alle gronden levert, zeker wanneer het een gecompliceerde zaak betreft waarbij uiteenlopende gronden zijn aangevoerd, tijdwinst op en daarmee kortere doorlooptijden. Vanuit een oogpunt van definitieve geschilbeslechting is dit echter minder gelukkig. De niet besproken gronden kunnen immers, doordat niet duidelijk is geworden in hoeverre ze doel treffen, in een later stadium opnieuw onderdeel van het geschil gaan uitmaken. Er is dus op het eerste gezicht sprake van een zekere spanning tussen het streven naar kortere doorlooptijden en het uitputtend behandelen van alle aangevoerde beroepsgronden.

Met het oog hierop is de rechters tijdens de interviews de vraag voorgelegd in hoeverre ze zich bij een vernietiging beperken tot het beoordelen van een of enkele door eiser aangevoerde twistpunten en de overige onbesproken laten.

Uit de interviews komt naar voren dat zowel de rechters in eerste aanleg als de hogerberoepsrechters van mening zijn dat alle aangevoerde twistpunten, voor zover dit althans redelijkerwijs mogelijk is, besproken dienen te worden, en dat ze dat in de praktijk ook in beginsel altijd doen. Alleen wanneer het om complexe zaken gaat, willen sommige rechters nog wel eens een aangevoerde grond buiten beschouwing laten indien het besluit al op andere gronden sneuvelt.

Een deel van de geïnterviewde rechters geeft aan eerst de gronden die geen doel treffen te bespreken om daarna de gronden te bespreken waarop het besluit wordt vernietigd. Andere rechters gaven in de interviews aan dat de vraag of op alle gronden wordt ingegaan of dat toch een selectie wordt gemaakt, vaak bepaald wordt door wat wordt genoemd 'de kern van het geschil.' Tijdens de expert meeting bevestigden andere rechters dat dit inderdaad de werkwijze is die zij nastreven.

Met het zoveel mogelijk bespreken van alle aangevoerde gronden willen de rechters bijdragen aan een definitieve beslechting van het geschil. Bij de rechters in eerste aanleg speelt ook nog als overweging mee dat, voor zover hoger beroep openstaat, voorkomen wordt dat niet besproken twistpunten in geval van een eventuele vernietiging van de uitspraak in hoger beroep alsnog moeten worden besproken.

Dit is het streven van de bestuursrechters en zij geven daarmee gehoor aan kritiek die in eerdere Awb-evaluaties naar voren is gekomen. Tegelijk wordt door de bestuursrechters onderkend dat het niet realistisch is om te denken dat bestuursrechters *altijd* alle punten die partijen hebben aangevoerd, in hun uitspraak kunnen bespreken. In een deel van de zaken is dat onmogelijk omdat het bestuurs-

orgaan eerst nog voorvragen moet beantwoorden of een procedure moet doorlopen (zie daarover hoofdstuk 6). Verder kent iedereen die de jurisprudentie leest de standaardoverweging 'dat de overige aangevoerde gronden verder geen bespreking behoeven', of woorden van gelijke strekking. Het zou ook bepaald niet efficiënt zijn om van de rechter te verlangen dat hij overal op ingaat. Maar duidelijk is wel dat de bestuursrechters ernaar streven in hun uitspraak zoveel mogelijk een oordeel te geven over de *kern van het geschil* dat partijen verdeeld houdt.

Anticiperen op het nieuwe besluit

Voor zover de rechter niet zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand laat, is het van belang te weten in hoeverre de rechterlijke uitspraak anticipeert op het te nemen vervangende besluit en wat hiervan het effect is.

In de motivering van de vernietiging komt tot uitdrukking op welke punten het besluit moet worden verbeterd. De overwegingen van de rechter waarmee hij de vernietiging onderbouwt, maken aan partijen duidelijk op welke punten het besluit verbetering behoeft. Dat gebeurt bijvoorbeeld als bij vernietiging wegens strijd met artikel 3:46 of 3:2 Awb wordt aangegeven in welk opzicht of op welke punten de motivering of de zorgvuldigheid van de besluitvorming tekortschiet. Daarmee is nog niet per se duidelijk geworden hoe het wel moet. Het oordeel dat een besluit niet deugt kan worden geveld zonder dat uit de onderbouwing daarvan blijkt wat er precies moet gebeuren om een rechtmatig besluit te nemen.

De vingerwijzingen kunnen ook in de vorm van overwegingen ten overvloede worden gegeven. Het gebruik van overwegingen ten overvloede wordt echter door de rechters (op één na) afgewezen, omdat dergelijk gebruik gemakkelijk onbedoeld en doorgaans vergeefs hoger beroep uitlokt, dat is toegespitst op de overwegingen ten overvloede. Eén van de rechters gebruikt dergelijke overwegingen wel om duidelijk te maken welke kant het nieuwe besluit op moet. Overigens lijkt het onderscheid tussen overwegingen ten overvloede en overwegingen ter onderbouwing van de geconstateerde gebreken in de besluitvorming of de motivering van het bestreden besluit niet altijd scherp te trekken.

7.3 DOORDRINGEN TOT DE KERN VAN HET GESCHIL

In de dossierstudies is gekeken in hoeverre de rechter het geschil heeft beslecht. Dat is gedaan door te onderzoeken of er na de vernietiging nog werd doorgeprocedeerd en, zo ja, of het geschil na de vernietiging betrekking had op punten waar de rechter over had geoordeeld of niet.

Uit de bestudeerde dossiers komt naar voren dat van groot belang voor de vraag of een uitspraak bijdraagt aan de definitieve beslechting van het geschil is, of de rechter in de uitspraak iets heeft gezegd over datgene waarom het partijen in de kern te doen is.

Daar was de rechter redelijk vaak in geslaagd. In 17 zaken wist de rechter tot de kern van het geschil door te dringen. In acht zaken deed hij dat niet.

7.3.1 De 17 zaken waarin de rechter tot de kern van het geschil was doorgedrongen

Hier volgt een overzicht van de zaken waarin de rechter de kern van het geschil wist te raken.

Zaak 1

De kern van het geschil betreft de vraag of bijstand had mogen worden geweigerd aan het kind van een vreemdelinge die niet over een verblijfstitel beschikte. De rechter stelt dat grondslag voor toekenning van bijstand, anders dan verweerder had aangenomen, wel degelijk gelegen is in de uitzonderingsbepaling van artikel 11 Abw. Het door het bestuursorgaan ingestelde hoger beroep is ingetrokken, omdat vreemdelinge later alsnog met terugwerkende kracht verblijfsvergunning kreeg en daarmee in aanmerking kwam voor een reguliere bijstandsuitkering. Het geschil is daardoor beëindigd.

Zaak 2

De kern van het geschil betreft de vraag of terecht bouwvergunning is verleend voor een zeer opzichtig bouwwerk. Hoewel in beroep formeel slechts de vraag aan de orde was of de bezwaren wegens termijnoverschrijding terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard, gaat de rechter zijdelings in op de kern van het geschil. De rechter stelt dat het bestuur zich niet zonder meer op het welstandsadvies kon beroepen, omdat gebleken was dat daarbij met het effect van de reflecterende kleurstelling op de omwonenden geen rekening was gehouden. De zaak wordt vervolgens via mediation opgelost.

Zaak 3

De kern van het geschil betreft de vraag of het bestuursorgaan de eigenaar van een woning mocht aanschrijven bepaalde voorzieningen te treffen aan hem in eigendom toebehorende panden. Daarbij ging het zowel om de bevoegdheid tot aanschrijving als om de noodzaak van de te treffen voorzieningen. In zijn uitspraak gaat de rechter nauwgezet op de noodzaak van de voorzieningen in door per voorziening aan te geven in hoeverre de noodzaak daarvan deugdelijk is gemotiveerd. Na de vernietiging zijn partijen in overleg getreden en is een schikking getroffen, waarbij afspraken zijn gemaakt over subsidiëring van bepaalde werkzaamheden. Een nieuwe beslissing op bezwaar was daardoor niet nodig.

Zaak 4

De kern van het geschil betreft de vraag of een tijdelijke bouwvergunning mocht worden geweigerd. Daarbij speelt dat het bouwplan zich uitstrekte over twee gebieden met een verschillend planologisch regime. De aanvraag voor de bouwvergunning is gesplitst in twee delen. Zowel het beroep in eerste aanleg als het hoger beroep worden, voor zover het om ene deel gaat, ongegrond verklaard. Het beroep tegen de weigering voor het andere deel wordt in eerste aanleg ongegrond verklaard; in hoger beroep is de rechter echter van oordeel dat de bouwvergun-

ning ten onrechte is geweigerd. Door omstandigheden buiten geding is het belang bij aanvrager bij een nieuw besluit overigens komen te ontvallen.

Zaak 5

De kern van het geschil betreft de vraag wat tot de boot behoort waarvoor een ligplaatsvergunning is verleend en wat daarbuiten valt, waar dan een aparte ontheffing voor nodig is. In casu is ontheffing geweigerd voor het bij de woonboot aanwezige terras. De vraag is of dit terras tot de boot behoort. De rechter stelt dat de toepasselijke regelgeving en beleidsregels geen uitsluitel bieden over de vraag of het terras tot de boot behoort. Volgens de rechter kan sprake zijn van een grensgeval en dient het bestuursorgaan dit nader te onderzoeken. Het ingenomen standpunt dat het terras een voorziening is en daarom niet kan worden meegenomen in de lengtemaat van de woonboot is dan ook niet deugdelijk gemotiveerd. In de nieuwe beslissing op bezwaar wordt ligplaatsvergunning verleend voor de boot inclusief het terras.

Zaak 6

De kern van het geschil betreft de vraag of gelet op de overlast terecht een revisievergunning is verleend voor een opslag- en overlaadstation voor verschillende soorten afval. De rechter gaat op die vraag in en stelt vast dat bestuursorgaan inmiddels gedeeltelijk nieuwe inzichten heeft, en dat reeds daarom het bestreden besluit in stand kon blijven. Of die nieuwe inzichten aanvaardbaar zijn of niet laat de rechter soms in het midden. De zaak loopt nog.

Zaak 7

De kern van het geschil betreft de vraag of terecht bijstand is ingetrokken en teruggevorderd wegens het ontvangen hebben van andere (verzwegen) inkomsten. De rechter stelt dat de veronderstelling dat sprake is van verzwegen inkomsten, gebaseerd is op het uitgavenpatroon, zoals dit uit rekeningafschriften over een periode van drie maanden bleek. Volgens de rechter kan niet worden aangenomen dat die uitgaven representatief zijn voor de gehele periode waarover bijstand wordt teruggevorderd. Deze periode bedraagt drie jaar en ligt bovendien grotendeels voor de onderzochte maanden. Volgens de rechter zijn de inkomsten niet bewezen en is daarmee de grondslag voor terugvordering komen te vervallen. In de nieuwe beslissing op bezwaar wordt de beslissing tot intrekking en terugvordering ingetrokken. Het geschil is beëindigd.

Zaak 8

De kern van het geschil betreft de vraag of verleende bijstand vanwege detentie in het buitenland terecht is teruggevorderd, alsmede op juiste wijze is teruggevorderd. De rechter gaat diep in op de vraag. Alleen de wijze van terugvordering vertoont een met name aangeduid gebrek ten aanzien van de belastingvrije voet die in acht moest worden genomen, waar het bestuursorgaan nog eens naar moet kijken (geschil opgelost).

Zaak 9

De kern van het geschil betreft de vraag of bij de afwijzing van een aanvraag om een bijstanduitkering rekening mocht worden gehouden met een schenking, terwijl de aanvrager onder bewind was gesteld. De rechter stelt vast dat de aanvrager feitelijk niet de beschikking had over de schenking. De afwijzende beschikking berustte daarom op een onjuiste grondslag, omdat was aangenomen dat de aanvrager over eigen vermogen kon beschikken. Wel gaf de rechter aan dat het bestuursorgaan in geval van verlening van bijstand zonodig van de ontvanger kon vergen dat deze adequate stappen tegen de bewindvoerder zou ondernemen om deze tot kapitaaluitkeringen te bewegen. Het geschil is beëindigd, omdat het bestuur het uiteindelijk heeft laten zitten.

Zaak 10

De kern van het geschil betreft de vraag of het bestuursorgaan, al aangeland in de eindfase van de besluitvorming, nog aanvullende gegevens mocht vragen. Aan de orde is de aanvraag om uitbreiding van het gebruiksgebied voor een toegelaten bestrijdingsmiddel. De rechter beantwoordt die vraag. Op zichzelf zou dit in een bijzonder geval wel mogen, maar het bestuursorgaan heeft zijn beslissing daartoe onvoldoende op de zaak toegesneden en daardoor niet deugdelijk gemotiveerd. Na vernietiging laat het bestuursorgaan uiteindelijk de meest relevante kwestie rusten en schuift die naar de toekomst.

Zaak 11

De kern van het geschil betreft de vraag of de toegepaste grond, afkomstig uit een ministeriële regeling, om een bestrijdingsmiddel niet toe te laten in strijd is met een hogere regeling en het EG-recht. De rechter is van oordeel dat de norm uit de ministeriële regeling zowel in strijd is met een algemene maatregel van bestuur als met een EG-richtlijn. Het geschil is beëindigd, maar er is een nieuwe aanvraag.

Zaak 12

De kern van het geschil betreft de vraag of het bestuursorgaan terecht een besluit heeft genomen waarin aan een der partijen een aantal bindende aanwijzingen was gegeven. Op die vraag gaat de rechter uitvoerig in. Het geschil is uiteindelijk door partijen buiten het bestuursorgaan om opgelost.

Zaak 13

De kern van het geschil betreft de vraag of het bestuursorgaan bevoegd was voorschriften te stellen, inhoudend dat partijen met elkaar in onderhandeling moesten treden. De rechter stelt dat het bestuursorgaan daartoe niet bevoegd is. De aanvrager trekt vervolgens zijn verzoek in.

Zaak 14

De kern van het geschil betreft de vraag of het bestuursorgaan bevoegd is tot het verbinden van bepaalde voorschriften aan zijn beslissing tot goedkeuring. De rechter komt tot het oordeel dat de geldende regelgeving dit niet toelaat en vernie-

tigt het besluit. Inmiddels is er nieuwe regelgeving, die de voorschriften op zichzelf wel mogelijk maakt. Dan wordt uiteraard weer interessant de vraag of die voorschriften redelijk zijn.

Zaak 15

De kern van het geschil betreft de vraag of het bestuursorgaan op grond van het dienstbelang een ambtenaar mocht weigeren opgespaarde uren op te nemen. De rechter beantwoordt die vraag in die zin dat het begrip dienstbelang door het bestuursorgaan zo ruim is opgevat dat sommige categorieën ambtenaren dan nooit een aanspraak uit een regeling konden verzilveren. De rechter acht het niet aanvaardbaar dat om deze reden werd geweigerd het verzoek te honoreren. Het geschil is beëindigd door een 'schikking' met zwijgplicht.

Zaak 16

De kern van het geschil betreft de vraag of een verzoek van een ambtenaar om uitbreiding van zijn aanstelling wegens het ontbreken van formatieruimte binnen zijn functiegroep mag worden afgewezen. De rechter is van oordeel dat door alleen te kijken binnen de eigen functiegroep een te beperkt criterium is gehanteerd die de regeling in feite illusoir maakt. Daarbij wijst de rechter erop dat de toepasselijke regeling inhoudt dat verzoeken worden ingewilligd, tenzij er ernstige bezwaren bestaan. In het nieuwe besluit wordt het verzoek ingewilligd. Het geschil is daarmee beëindigd.

Zaak 17

De kern van het geschil betrof in feite de vraag of op een bepaalde plaats een supermarkt mag komen. Formeel lag die vraag echter niet voor, en ging het alleen maar om de vraag of de eigenaar terecht was aangeschreven bepaalde voorzieningen te treffen. Op die vraag ging de rechter uitvoerig in, waarbij ook wel verder werd gekeken dan strikt gezien nodig was. Het echte geschil is verspreid over verschillende procedures die steeds weer tot afzonderlijke uitspraken hebben geleid. Uiteindelijk is de zaak beëindigd met een schikking.

Geschil opgelost?

In 15 van bovenstaande 17 zaken is het geschil na de vernietiging opgelost zonder dat daarvoor nog een nieuwe rechterlijke uitspraak nodig was. Er loopt in deze 15 gevallen geen procedure meer en het geschil is ook feitelijk opgelost.

Zaak 6 is nog niet opgelost, want in die zaak loopt nog een nieuw beroep, dat tegen het nieuwe besluit is ingesteld door een andere belanghebbende dan de eerste keer. Een door hem gedaan verzoek om voorlopige voorziening is inmiddels afgewezen. De zaak gaat over een milieuvergunning, die was vernietigd omdat de voorschriften niet deugden. Vervolgens is de vergunninghouder in beroep gegaan tegen het nieuwe besluit waarbij de voorschriften zijn aangepast.

Een randgeval is zaak 11, waarin het geschil strikt genomen wel definitief is beslecht, maar waar vervolgens over dezelfde materie een nieuwe aanvraag is ingediend, waarover het geschil nu loopt.

Het is opvallend dat niet alle geschillen na de vernietiging worden opgelost met een nieuw besluit in de zin van de Awb. In zes zaken werd een andere oplossing gevonden.

In zaak 2 is het geschil opgelost met mediation. De rechtbank had geoordeeld dat bepaalde belanghebbenden ten onrechte niet-ontvankelijk waren verklaard. Het geschil ging over een nogal opvallende kleurstelling van een groot bouwwerk. Met behulp van mediation is het geschil opgelost.

In zaak 3 is na de vernietiging een schikking bereikt.

In zaak 4 had de belanghebbende na de vernietiging geen behoefte meer aan een besluit. Zijn belang was de verwezenlijking van een project waarvoor hij ook nog andere besluiten nodig had dan dat waarover de door hem gewonnen procedure ging. Maar inmiddels was duidelijk geworden dat hij het andere besluit niet zou krijgen.

In zaak 12 hebben de belanghebbenden na vernietiging onderling overeenstemming bereikt. In deze zaak was de taak van het bestuursorgaan als geschilbeslechter aan de orde. Tegen zo'n geschilbeslechtsbesluit staat beroep open bij de bestuursrechter. Uit de uitspraak van de bestuursrechter was partijen duidelijk geworden wat hun rechtspositie was en op basis daarvan hebben zij zelf hun probleem opgelost.

In zaak 13 heeft de aanvrager zijn aanvraag ingetrokken, omdat hij uit de uitspraak van de rechter heeft begrepen dat het bestuursorgaan toch niet bevoegd was om te doen waar hij om vroeg.

In zaak 15, een ambtenarenzaak, was het begrip 'dienstbelang' te ruim uitgelegd met als gevolg dat een ambtenaar niet op die grond een aanspraak had mogen worden ontzegd. Het beleid van het bevoegd gezag was in strijd met de wet. Daarna heeft verweerder, althans de behandelend functionaris, het geschil in informeel overleg opgelost. De reden daarvoor was met name dat verweerder geen chaos wilde creëren in soortgelijke zaken. Eiser heeft, zonder nader besluit, zijn zin gekregen door middel van een schikking met zwijgplicht.

7.3.2 *De andere acht zaken, waarin de rechter niet tot de kern doordrong*

Hier volgt een overzicht van de zaken waarin de rechter de kern van het geschil niet wist te raken.

Zaak 18

De kern van het geschil betrof de vraag of het bestuursorgaan mocht toestaan dat op een bepaalde plaats gebouwd mocht worden. Die vraag wordt door de rechter niet beantwoord. De rechter stelt wel dat de bouwvergunning niet via de door het bestuursorgaan gekozen weg vergunning had mogen worden verleend (overigens had de advocaat van klagers zelf ook deze laatste vraag als kernvraag gesteld en dus niet de eigenlijke kern van het geschil). Formeel is de zaak inmiddels afgedaan, maar het geschil bestaat feitelijk nog wel, omdat het bestuursorgaan vervolgens begonnen is om de bouwvergunning via een andere procedure te verlenen.

Zaak 19

De kern van het geschil betreft aanvankelijk de vraag of de bestaande bouw wel mocht worden gesloopt ter wille van de nieuwbouwplannen. De rechter kwam aan die vraag niet toe, omdat hij van oordeel was dat het bestuursorgaan het nieuwbouwplan ten onrechte in een aantal bouwplannen had gesplitst. Inmiddels was de sloop echter al feitelijk uitgevoerd. In de laatste uitspraak naar aanleiding van de verleende bouwvergunning (via vrijstelling) wordt zelfs met zoveel woorden gezegd dat m.b.t. de sloopvergunning (die formeel ook nog steeds in geding is) niets meer is aangevoerd. Het wachten is nog op de eindbeslissing van de Afdeling.

Zaak 20

De kern van het geschil betreft de vraag of een dekschuit moet wijken, omdat voor een woonboot een nieuwe ligplaats moest worden gevonden. Een groot aantal besluiten is in het geding. In de procedure lijkt vooral betekenis toe te komen aan de vraag of wel een ligplaatsvergunning mag worden verleend in strijd met het bestemmingsplan. Volgens de rechter mag dit slechts in uiterste noodzaak, en dat betekent weer dat veel ruimer naar alternatieve ligplaatsen moet worden gezocht. Pas na veel procedures komt in beeld dat die strijdigheid met het bestemmingsplan ook via een vrijstelling als bedoeld in artikel 19 WRO kan worden opgeheven. Eigenlijk komt de kern pas dan zuiver in beeld. De rechter heeft echter tot op heden geen antwoord gegeven op de vraag of de strijdigheid met het bestemmingsplan kan worden opgeheven. De zaak loopt nog.

Zaak 21

De kern van het geschil betreft de vraag of het gelet op de veroorzaakte overlast toch mogelijk is een bedrijf met een aangepaste vergunning ter plaatse te handhaven. Deze vraag wordt door de rechter niet echt beantwoord, omdat er een geheel nieuwe vergunning had moeten worden aangevraagd. Deze aanvraag is nog niet ingediend.

Zaak 22

De kern van het geschil betreft de vraag of de overlast die omwonenden ondervinden van een al lang bestaande inrichting binnen de perken blijft. De rechter komt aan die vraag niet toe, omdat het bestuursorgaan de zaak niet via wijziging en aanvulling van de voorschriften, maar via een geheel nieuwe vergunning had moeten regelen. De zaak loopt nog.

Zaak 23

De kern van het geschil betreft de vraag of de aan een inrichting verleende revisievergunning gelet op de overlast afdoende is. De rechter komt aan deze vraag niet toe omdat de geldende publicatie-eisen niet in acht waren genomen. De zaak loopt nog.

Zaak 24

De kern van het geschil betreft de vraag of een aanvraag om verlenging van de toelating van een bestrijdingsmiddel terecht is afgewezen en of de bezwaren van het bestuursorgaan niet ook door het verbinden van voorschriften aan de toelating hadden kunnen worden ondervangen. Hoewel het lijkt dat de rechter tot de kern van het geschil doordringt, strandt hij in feite toch in de voorfase. Het bestuursorgaan wordt namelijk verweten te kort door de bocht te zijn geweest met de afwijzing. Wellicht dat daarbij een rol speelde dat het om een verzoek om verlenging van toelating ging, en dan moet er voor afwijzing meer aan de hand zijn. Na vernietiging werd overigens opnieuw afgewezen, welke afwijzing bij de rechter stand hield. Toen werd ook ingegaan op punten die in de eerste ronde door de rechter onbesproken waren gebleven.

Zaak 25

De kern van het geschil betreft de vraag of in bezwaar alsnog terecht toelating is verleend voor enkele bestrijdingsmiddelen. De rechter komt in feite aan die vraag niet toe omdat in de bezwaarfase fouten zijn gemaakt waardoor andere belanghebbenden in hun belangen zijn geschaad. De bezwaarprocedure moet over; het geschil loopt nog.

Geschil opgelost?

In 8 van de 25 zaken is het geschil na de vernietiging *niet* opgelost zonder dat daarvoor nog een nieuwe rechterlijke uitspraak nodig was. In zeven van deze zaken bestaat het geschil nog. In één van deze zaken is het geschil inmiddels opgelost nadat in een nieuwe beroepsprocedure de rechter het nieuwe beroep ongegrond heeft verklaard.

Zaak 18 is formeel opgelost, maar in feite bestaat het geschil nog. Derde-belanghebbenden hadden beroep ingesteld tegen de tijdelijke vrijstelling als bedoeld in artikel 17 Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) voor een bouwwerk. Dat beroep werd gegrond verklaard omdat de rechter van oordeel was dat de tijdelijkheid van het bouwwerk onvoldoende was komen vast te staan. Na de vernietiging is de aanvraag afgewezen. Verweerder overweegt nu een vrijstelling te gaan verlenen

met toepassing van art. 19 WRO, maar de procedure daarvoor is nog niet opgestart. Het bouwwerk staat er nog steeds. Het ging de eisers in deze zaak om de vraag of het bouwwerk er mocht staan. Die vraag is niet beantwoord.

In zaak 19 loopt nog hoger beroep. Na de vernietiging is er een nieuw besluit op bezwaar genomen dat door de rechtbank wederom is vernietigd. Bij die tweede vernietiging komt de rechtbank tot de kern van de zaak. Tegen de tweede vernietiging loopt nu hoger beroep.

In zaak 20 werd in feite niet de meest relevante vraag beantwoord in de diverse rechterlijke uitspraken. Het ging over de vraag of vanwege de noodzaak (waarover niet werd getwist) dat voor een boot een vervangende ligplaats moest worden gevonden, een dekschuit die er al jaren legaal lag, moest wijken. Pas na zes jaar procederen laat de rechter doorschemeren dat in beginsel de dekschuit niet behoort te wijken, tenzij er echt geen alternatief is. Met betrekking tot de andere boot is kennelijk nu pas duidelijk dat met een vergunning op zichzelf de strijdigheid met het bestemmingsplan niet is opgeheven en dat daarvoor nog een artikel 19-procedure moet worden gevolgd.

Zaak 21 is opgelost door de intrekking van de aanvraag maar in feite bestaat de overlast, waarover het geschil gaat, nog steeds. De wijziging van een milieuvergunning was vernietigd, omdat de verandering van dien aard was dat er een geheel nieuwe vergunning had moeten worden aangevraagd. De vraag of die nieuwe vergunning ook zou moeten worden verleend, komt niet aan de orde. Naar aanleiding van de vernietigingsuitspraak is de aanvraag ingetrokken zodat het bestuursorgaan geen besluit meer hoeft te nemen. Omwonenden ging het in deze zaak om de overlast van het bedrijf en dat wordt door de intrekking van de aanvraag uiteraard niet opgelost.

In de zaken 22 en 23 wordt wegens formele procedurele gebreken het bestreden besluit vernietigd en worden de inhoudelijke bezwaren onbesproken gelaten. De rechter viel in zaak 23 over een publicatiegebrek en in zaak 22 over het feit dat de procedure voor een wijziging van voorschriften van een milieuvergunningvergunning was toegepast, terwijl een geheel nieuwe vergunning moeten worden aangevraagd. De rechter liet zich niet over de inhoudelijke klachten uit. Die 'behoeven verder geen bespreking', aldus de rechter. Hoewel het zaken zijn waarbij onbekende belanghebbenden kunnen zijn betrokken, rijst wel de vraag of de rechter hier niet meer had kunnen doen, zeker als beseft wordt dat deze zaken al heel lang liepen en de rechter ook kon inschatten dat die zaken weer bij de rechter zouden terugkomen.

Zaak 24 is opgelost nadat een nieuw beroep tegen het na de vernietiging genomen besluit, dat veel uitgebreider en meer op het specifieke geval was toegespitst, ongegrond is verklaard.

7.4 CONCLUSIE UIT DE 25 DOSSIERSTUDIES

De resultaten van de dossierstudies bevestigen dat het verloop van het geschil na de vernietiging in veel gevallen strookt met de veronderstellingen die aan het stelsel van de Awb ten grondslag liggen. Als de rechter weet door te dringen tot de centrale vraag die partijen verdeeld houdt, de *kern van het geschil*, dan kan het geschil op basis van zijn uitspraak worden opgelost zonder dat er een nieuw rechterlijk oordeel nodig is.

Maar als de rechter niet weet door te dringen tot de kern van het geschil, blijft het geschil voortbestaan. Partijen komen er dan niet uit, althans niet binnen drie à vier jaar, tenzij de rechter bij een tweede of volgende uitspraak duidelijkheid schept.

8 Conclusies en aanbevelingen

De probleemstelling, zoals verwoord in hoofdstuk 2, luidde als volgt: het onderzoek dient om duidelijk te maken of de mogelijkheden voor de bestuursrechter om besluiten te toetsen dan wel zelf een beslissing in de zaak te nemen uit de Awb in de praktijk voldoen en te bezien of nadere regelgeving gewenst is, ten einde de materiële geschilbeslechting te verbeteren.

Nadat het begrip ‘definitieve geschilbeslechting’ was onderworpen aan een aantal noodzakelijke inperkingen, is de probleemstelling uitgewerkt in de volgende vijf onderzoeksvragen.

- 1 In hoeverre maakt de bestuursrechter gebruik van de in de Awb toegekende bevoegdheden om het geschil definitief te beslechten?
- 2 Als de bestuursrechter van deze bevoegdheden gebruikmaakt, in hoeverre worden geschillen er dan ook definitief door beslecht?
- 3 Voorzover de bestuursrechter geschillen niet definitief beslecht, wat zijn daarvan dan de redenen?
- 4 Als de rechter het geschil niet definitief beslecht, wat doet hij dan wel om de beëindiging van het geschil te bevorderen?
- 5 Welke oplossingsrichtingen zijn reeds gesuggereerd in de literatuur en welke zijn overigens denkbaar om definitieve geschilbeslechting te optimaliseren?

Deze vragen worden hieronder één voor één beantwoord.

8.1 GEBRUIK BEVOEGDHEDEN (ZELF VOORZIEN, IN STAND LATEN RECHTSGEVOLGEN EN PASSEREN VAN GEBREKEN)

Deze vraag is beantwoord op basis van een strikte definitie van het begrip definitieve geschilbeslechting (zie daarvoor paragraaf 2.2). In hoofdstuk 5 is verslag gedaan van het kwantitatieve deel van het onderzoek. Daarin zijn de in de hoofdzaak gedane uitspraken in het jaar 2005 onderzocht van de Afdeling bestuursrechtspraak, kamers 1, 2 en 3, en van de CRvB, het CBB en twee rechtbanken. Op basis daarvan konden de volgende twee vragen worden beantwoord.

Hoe vaak wordt gebruikgemaakt van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb)?

Het antwoord is te vinden in paragraaf 5.3: in 18% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd, is zelf in de zaak voorzien.

Hoe vaak wordt gebruikgemaakt van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten (art. 8:72, derde lid, Awb)?

Het antwoord is te vinden in paragraaf 5.4: in 9% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd, zijn de rechtsgevolgen in stand gelaten.

In totaal is dus in 27% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd, gebruikgemaakt van een van beide (of soms van beide) bevoegdheden.

Is dit meer of minder dan men had verwacht? De VAR-Commissie Rechtsbescherming schreef in haar rapport uit 2004 dat van de bevoegdheden tot zelf voorzien en in stand laten van de rechtsgevolgen 'slechts bij uitzondering' gebruik wordt gemaakt.²⁰³ Die constatering wordt door ons evaluatieonderzoek tot op zekere hoogte bevestigd. De bevoegdheden tot zelf voorzien en in stand laten van de rechtsgevolgen worden gebruikt in een minderheid van de gevallen waarin een besluit wordt vernietigd. Toch geeft de Commissie een te negatief beeld. Er zijn deelreinen van het bestuursrecht waarop relatief vaak van deze bevoegdheden gebruik wordt gemaakt. Zo is gebleken dat de CRvB in 29% van de zaken, waarin een besluit wordt vernietigd, een van de twee bevoegdheden gebruikt en daarmee het geschil definitief beslecht. Het CbB deed dat zelfs in 40% van de vernietigingsuitspraken.²⁰⁴ Bij andere bestuursrechters ligt dit percentage rond de 15%.

Een andere bevoegdheid die de rechter aan de Awb ontleent, is het passeren van formele gebreken (art. 6:22 Awb). Het gebruik daarvan kon niet op een zinvolle wijze in het kwantitatieve onderzoek worden betrokken. In het kwalitatieve deel van het onderzoek is er wel aandacht aan besteed en dat heeft een duidelijk beeld opgeleverd. Alle rechterlijke instanties die bij het onderzoek waren betrokken, laten regelmatig formele gebreken, waarvan duidelijk is dat herstel niet tot een inhoudelijk ander besluit zou leiden, buiten beschouwing. De meeste rechters streven er actief naar om zulke rituele vernietigingen te vermijden. Opvallend is daarbij dat artikel 6:22 Awb zelden wordt toegepast.

Het passeren van schending van vormvoorschriften was een tamelijk opzienbarende voorziening in de Awb. Na het Arob-tijdperk, waarin het formele vernietigen regende, leek een nieuwe lente te zijn aangebroken. Die verwachting is inderdaad uitgekomen, ook al wordt artikel 6:22 Awb maar zelden expliciet toegepast. In hoofdstuk 6 is gebleken dat rechters vaak (min of meer naar de geest van art. 6:22 Awb) formele gebreken passeren, veelal nadat ter zitting is onderzocht wat de consequenties van die gebreken waren. Dit duidt op een toegenomen oplossingsgerichtheid van de bestuursrechter. Voor de belastingrechter is dat niets nieuws. Die moest vroeger ook al veel formele gebreken passeren, om de eenvoudige reden dat hij verplicht was om altijd zelf in de zaak te voorzien. De praktijk die onder de Wet Arob was ontstaan, wordt niet langer als wenselijk

203. VAR-commissie Rechtsbescherming 2004; Marseille 2004, p. 139, stelde in zijn steekproef uit geschillen over bouwvergunningen en arbeidsongeschiktheid vast dat in 18% van de zaken waarin het beroep gegrond was verklaard ook zelf in de zaak was voorzien of de rechtsgevolgen in stand waren gelaten. Dat percentage stemt ongeveer overeen met ons resultaat voor de rechtbanken: 13% en 18%. Zie paragraaf 5.5, tabel 4.

204. Voor het CbB zou men ook uit kunnen gaan van een percentage van 23%. Zie daarover paragraaf 5.5.

beschouwd en lijkt inmiddels verleden tijd. Wat betreft de houding van de rechter ten opzichte van formeel-procedurele toetsing, is het perspectief van de bestuursrechter duidelijk verschoven van toetsing naar geschilbeslechting.

8.2 ALS DE BESTUURSRECHTER VAN DEZE BEVOEGDHEDEN GEBRUIK MAAKT, IN HOEVERRE WORDEN GESCHILLEN ER DAN OOK DEFINITIEF DOOR BESLECHT?

In hoofdstuk 5 is ook de vraag beantwoord hoe vaak zelf voorzien en in stand laten van de rechtsgevolgen leiden tot een definitieve beslechting van het geschil. Dat blijkt niet steeds het geval te zijn. In 22% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd, heeft het gebruik van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien geleid tot een definitieve beslechting van het geschil.

De overige 78% van de vernietigingsuitspraken betreft allerlei soorten gevallen, waarin meestal na de uitspraak nog een nieuw besluit moet worden genomen door het bestuursorgaan. Dit betekent niet dat in al die zaken de rechter niets heeft bijgedragen aan de geschilbeslechting. Hier passen drie relativerende opmerkingen.

- Relativering 1. Ook met een enkele vernietiging kan de geschilbeslechting worden geholpen. Uitspraken die het geschil niet definitief beslechten, kunnen wel een belangrijke stap in die richting zijn. Er zijn ook gevallen waarin is volstaan met vernietiging, maar waarin de kern van het geschil zozeer is opgelost, dat de kans niet groot is dat er na de vernietiging nog veel problemen zullen rijzen.
- Relativering 2. Soms is met een enkele vernietiging het geschil definitief beslecht. Dat zijn de gevallen waarin na de vernietiging geen nieuw besluit meer genomen behoeft te worden, omdat het geschil is beslecht door de enkele vernietiging van het bestreden besluit. Deze gevallen konden niet op een betrouwbare wijze in het kwantitatieve deel van dit onderzoek worden betrokken.
- Relativering 3. De meeste geschillen worden door de bestuursrechter definitief beslecht. Als men het totale aantal uitspraken in de hoofdzaken in ogenschouw neemt, moet de conclusie worden getrokken dat de bestuursrechter verreweg de meeste geschillen definitief beslecht. De meeste beroepen worden immers ongegrond of niet-ontvankelijk verklaard.

Deze relativeringen nemen niet weg dat in een substantieel aantal zaken het geschil bij vernietiging niet definitief is beslecht met de rechterlijke uitspraak. Die procedures hebben een 'open einde'.

8.3 VOORZOVER DE BESTUURSRECHTER GESCHILLEN NIET DEFINITIEF BESLECHT, WAT ZIJN DAARVAN DAN DE REDENEN?

Aan het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien is in de memorie van toelichting de beperking gesteld dat in beginsel voldaan moet zijn aan de voorwaarde dat na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is. In de jurisprudentie van de bestuursrechters is daaraan strak de hand gehouden. Er zijn verschillende factoren die zich ertegen verzetten dat de rechter zelf in de zaak voorziet (paragraaf 4.5.4). De rechter dient het besluitvormingsprimaat van het bestuur te beschermen indien er na de vernietiging rechtens meer dan één beslissing mogelijk is, voor een definitieve beslissing nieuw feitenonderzoek vereist is dat door het bestuur moet worden verricht of de belangen van derden zich ertegen verzetten dat de rechter zelf in de zaak voorziet.

In de dogmatiek van het bestuursrecht komt het erop neer dat de rechter zich moet verantwoorden voor het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien en niet voor het ongebruikt laten ervan. Dat stimuleert natuurlijk niet de definitieve geschilbeslechting.

De rechter lijkt evenwel meer ruimte te nemen indien hij om zelf in de zaak te kunnen voorzien (alleen) een oordeel hoeft te geven over aspecten ten aanzien waarvan hij een primaire taak heeft.²⁰⁵ Hierbij moet men denken aan de toetsing van punitieve sancties en aan de vaststelling van het recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

Aan het gebruik van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten zijn beperkingen gesteld, die grotendeels overeenkomen met de nauw verwante bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.

Artikel 6:22 Awb dient te voorkomen dat een vernietiging wordt uitgesproken waar partijen niets mee opschieten. Als slechts een vormvoorschrift is geschonden en belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld, kan vernietiging van het besluit achterwege worden gelaten. Om de gebreken te kunnen passeren, moet de rechter zich ervan vergewissen dat zij irrelevant zijn voor de uitkomst van het geschil. Voor een optimaal gebruik van artikel 6:22 Awb is daarom nodig dat in de procedure bij de rechter aan de orde komt of er beslissingsalternatieven zijn, waaruit het bestuur zou kunnen kiezen na een vernietiging. Als dat onderzoek naar beslissingsalternatieven onvoldoende opheldering verschaft, niet mogelijk is of om een andere reden niet plaatsvindt, wordt er toch een vernietiging uitgesproken.

Voor de gevallen waarin het bestuursorgaan het bestreden besluit tijdens de beroepsprocedure intrekt of wijzigt, bevatten de artikelen 6:18 en 6:19 Awb een regeling. Die maakt het de rechter mogelijk om het geschil zoveel mogelijk in één procedure te beslechten. De regeling kan een belangrijke bijdrage leveren aan de definitieve beslechting van geschillen indien bestuursorganen er gebruik van maken zodra duidelijk is dat het besluit zal worden vernietigd. Maar als het

205. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 246

bestuursorgaan pas uit de uitspraak van de rechter afleidt wat er schortte aan het bestreden besluit, kan er uiteraard geen gebruik meer worden gemaakt van de mogelijkheden van artikel 6:19 Awb.

Uit de jurisprudentie blijkt dat er grenzen zijn aan de bruikbaarheid van dit instrument. Dat komt vooral doordat toepassing van artikel 6:19 Awb alleen mogelijk is als het nieuwe besluit kan worden aangemerkt als een wijzigings- of intrekkingbesluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb. Om daarvoor in aanmerking te komen moet dit besluit voldoen aan een aantal voorwaarden. Aan deze voorwaarden is lang niet altijd voldaan. Een andere belangrijke beperking is dat het bestuursorgaan niet verplicht is om een nieuw besluit te nemen, ook al wordt daar door de rechter om gevraagd.

Factoren die definitieve geschilbeslechting belemmeren

Op basis van ons onderzoek kunnen wij negen factoren onderscheiden die de definitieve geschilbeslechting bemoeilijken. Deze factoren zijn ontleend aan de analyse waarvan verslag is gedaan in hoofdstuk 6. In paragraaf 6.10.1 is elk van deze factoren kort toegelicht. Op deze plaats volstaan wij daarom met een korte opsomming.

- 1 Beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid van het bestuur.
- 2 Benodigde inhoudelijke deskundigheid waarover het bestuur vaak wel beschikt en de rechter niet.
- 3 Het verschil in toetsingsmoment (ex nunc voor het bestuur en ex tunc voor de rechter).
- 4 Het mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan, dat vaak onvoldoende is om tot een oplossing in het geschil te kunnen komen.
- 5 Procedurele en formele belemmeringen.
- 6 Belangen van derden, die zelf geen partij zijn, kunnen worden geraakt.
- 7 Doorlooptijden van beroepsprocedures.
- 8 Werklastverdeling tussen rechter en bestuur en de vrees dat het bestuur zijn werk aan de rechter overlaat.
- 9 Het zittingsgerichte werken, dat de aandacht voor het vooronderzoek heeft verzwakt.

In hoofdstuk 3 is gebleken dat de meeste van deze belemmeringen niet van vandaag of gisteren zijn.

Het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien stamt van ver vóór de Awb. Het stelt de rechter in staat te oordelen over onrechtmatige besluiten van het bestuur zonder het bestuurlijke besluitvormingsprimaat aan te tasten. Dit stelsel splitst het geschil tussen bestuur en burger op door het juridische geschil eruit te lichten en aan de rechter voor te leggen. Deze opsplitsing heeft de geschilbeslechting in het bestuursrecht bemoeilijkt en doet dat nog steeds.

Op terreinen waar het bestuur sterk is gebonden aan wet- en regelgeving heeft de bestuursrechter al (ver) vóór de Awb kunnen werken met een geschilbeslechtingsperspectief. Op terreinen met veel bestuurlijke keuzevrijheid werd de bestuurlijke invalshoek onmisbaar geacht voor het realiseren van definitieve

geschilbeslechting. De bestuursrechter heeft zich ook op deze terreinen, al vóór de inwerkingtreding van de Awb, ontwikkeld tot een afhankelijke rechtsbeschermer. Maar daarmee was hij nog geen geschilbeslechter. Naarmate het bestuur meer vrijheid heeft, was het voor de bestuursrechter moeilijker om geschillen definitief te beslechten. Daarbij moet wel worden bedacht dat het bestuur de door hemzelf gemaakte keuzes kan vastleggen: naarmate het bestuur meer beleid heeft ontwikkeld, kan de rechter vaak beter doordringen tot de te beslechten punten van geschil.

Al vóór de inwerkingtreding van de Awb waren er verschillen tussen de manieren waarop bestuursrechters op verschillende deelreinen van het bestuursrecht omgingen met de voor een geschil relevante feiten. Op terreinen waar het bestuur meer is gebonden door wet- en regelgeving ligt het meer voor de hand dat de rechter de feiten onderzoekt en daar de toepasselijke voorschriften op toepast, zodat het geschil definitief kan worden beslecht. Op terreinen waar het bestuur over veel keuzevrijheid beschikte, had de rechter meer de neiging om het feitenonderzoek als een primaire taak van het bestuur te beschouwen. De rechter zag toe op de wetmatigheid en de zorgvuldigheid van het bestuurlijke feitenonderzoek.

Voor zover de belemmeringen samenhangen met het besluitvormingsprimaat van het bestuur (dat zijn vooral de belemmeringen 1, 2 en 3), zijn zij door de Awb-rechter overgenomen van zijn voorgangers. Dat geldt ook voor de noodzaak om rekening te houden met de belangen van derden die zelf geen partij zijn (6). De Awb heeft deze belemmerende factoren niet weggenomen. Maar onder de Awb zijn de belemmeringen wel voor een deel gematigd. Doordat de subjectieve rechtsbescherming en geschilbeslechting het primaat hebben gekregen als doel van de bestuursrechtspraak, werken rechters nu ook met een geschilbeslechtingsperspectief op terreinen waar vóór de Awb nog het toetsingsperspectief centraal stond. De Awb heeft een kader geschapen waarin geschilbeslechting nu voor alle bestuursrechters (niet alleen voor bepaalde) wettelijk mogelijk is.

Aan de andere kant moet worden geconstateerd dat er ten minste twee belemmerende factoren uit ons onderzoek naar voren zijn gekomen, die in vroeger tijden niet prominent naar voren werden gebracht. Dan doelen wij op de doorlooptijden (factor 7) en het zittingsgerichte werken (factor 8). Deze factoren worden vooral bepaald door het streven naar efficiëntie en kostenbeheersing. Daar is binnen de rechterlijke macht sinds de jaren tachtig meer aandacht voor gekomen en dat blijkt de definitieve geschilbeslechting in negatieve zin te beïnvloeden.

Definitieve geschilbeslechting is vaker haalbaar naarmate de rechter en partijen er meer in slagen om de alternatieven voor het te vernietigen besluit (in dit onderzoek beslissingsalternatieven genoemd) in de procedure te betrekken. Tot op zekere hoogte gebeurt dat al. Dat ziet men met name als de rechter constateert dat het bestreden besluit een formeel gebrek vertoont. Hij gaat dan zoveel mogelijk na of dat gebrek inhoudelijke consequenties kan hebben. De rechter gaat dan na – vaak in samenspraak met partijen – wat de beslissingsalternatieven zouden kunnen zijn.

Naarmate er meer beslissingalternatieven zijn, wordt deze methode natuurlijk steeds bewerkelijker. Daarom zijn er gevallen waarin zij praktisch onuitvoerbaar is. Met name op terreinen met veel beleidsvrijheid, veel belanghebbenden en weinig materiële rechtsregels, is het voor de bestuursrechter moeilijk om zich als een geschilbeslechter op te stellen. Een van de geïnterviewde rechters, actief op het gebied van de ruimtelijke ordening, ziet zichzelf daarom als een 'grensrechter' die de procedures en de inhoudelijke randvoorwaarden bewaakt. Een rechter op het terrein van het economisch orderingsrecht ziet zich in een deel van zijn zaken niet als een geschilbeslechter, maar meer als een toetser. Hij wijst erop dat partijen in het economisch orderingsrecht vaak ook niet willen dat de rechter het geschil beslecht, maar liever snel horen hoe het recht in hun geval moet worden uitgelegd.

8.4 ALS DE RECHTER HET GESCHIL NIET DEFINITIEF BESLECHT, WAT DOET HIJ DAN WEL OM DE BEËINDIGING VAN HET GESCHIL TE BEVORDEREN?

De kern van het geschil

De geschilbeslechting kan met een vernietiging met terugwijzing enorm geholpen zijn. In gevallen waarin de rechter volstaat met een vernietiging, wordt de kern van het geschil soms zozeer opgelost dat de rechter in redelijkheid ervan uit kan gaan dat het geschil met zijn uitspraak is beslecht. In dit soort gevallen zijn er vaak praktische of technische redenen (formulering van een besluit, het maken van een benodigde berekening) om toch niet zelf in de zaak te voorzien. In andere gevallen zijn de marges na de vernietiging ruimer, maar dan kan de rechterlijke uitspraak toch een oplossing hebben gebracht.

Om daarvan een beeld te kunnen geven, zijn 25 dossierstudies verricht. De resultaten geven de indruk dat het verloop van het geschil na de vernietiging in veel gevallen strookt met de veronderstellingen die aan het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien ten grondslag liggen. Als de rechter weet door te dringen tot de centrale vraag die partijen verdeeld houdt, de *kern van het geschil*, kan het geschil op basis van zijn uitspraak worden opgelost zonder dat er een nieuw rechterlijk oordeel nodig is. Maar als de rechter niet weet door te dringen tot de kern van het geschil, blijft het geschil voortbestaan. Partijen komen er dan niet uit, althans niet binnen drie à vier jaar, tenzij de rechter bij een tweede of volgende uitspraak duidelijkheid schept. In hoofdstuk 7 is van deze dossierstudies verslag gedaan.

Aanwijzingen voor de nieuwe besluitvorming

Volgens sommigen zou de rechter in zijn uitspraak vaker expliciet duidelijk moeten maken hoe het na vernietiging verder moet. Dit zou eisen stellen aan de mate waarin de rechter in zijn uitspraak uitlegt wat het bestuur moet doen of laten om de geconstateerde fout niet opnieuw te maken. Ook dit zou de geschilbeslechting verder kunnen helpen. Maar men moet er niet te veel verwachtingen van hebben. Na de vernietiging kunnen immers nieuwe fouten worden gemaakt, die tijdens de rechterlijke beoordeling helemaal niet aan de orde zijn geweest.

8.5 WELKE OPLOSSINGSRICHTINGEN ZIJN REEDS GESUGGEREERD IN DE LITERatuur EN WELKE ZIJN OVERIGENS DENKBAAR OM DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING TE OPTIMALISEREN?

Nadere standpunten van partijen tijdens het proces

Als de rechter een gebrek in het bestreden besluit constateert, kan hij het bestuursorgaan vragen om aan te geven hoe het dit gebrek zou herstellen. Hij kan verzoeken om nadere gegevens te verstrekken of nader feitenonderzoek te doen. Hij kan een partij vragen om bewijs te leveren ten aanzien van bepaalde stellingen die deze partij heeft gedaan. Hierdoor krijgt de rechter meer grip op de zaak en kan hij in een deel van de gevallen voorkomen dat hij moet volstaan met vernietiging wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing van het bestreden besluit.

De rechterlijke terughoudendheid is groter als de rechter constateert dat het bestuursorgaan nog een zekere keuzevrijheid heeft omdat er nog beleids- of beoordelingsvrijheid resteert. Toch kan hij het bestuursorgaan wel verzoeken om een nader standpunt in te nemen. De rechter kan dan, met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor, de door het bestuursorgaan gemaakte keuze aan het recht toetsen. Een deel van de rechters maakt al gebruik van deze methode, met name indien is voldaan aan de volgende drie voorwaarden:

- a Het bestreden besluit vertoont een gebrek dat niet van dien aard is dat de besluitvorming geheel of grotendeels moet worden overgedaan.
- b Het geschil kan naar verwachting definitief worden opgelost als er nadere standpunten door partijen worden ingenomen of nadere gegevens worden verstrekt.
- c De nadere standpunten kunnen ter zitting of in een schriftelijke ronde na de zitting tussen partijen worden besproken.

Geschillen beslechten met behulp van artikel 6:19 Awb

De regeling van artikel 6:19 Awb, die al werd besproken in paragraaf 4.10, past goed in de ontwikkeling naar geschilbeslechting als functie van de bestuursrechtspraak. In de praktijk blijkt zij daarvoor ook te worden benut, maar tevens blijkt dat er beperkingen zijn aan de bruikbaarheid van dit instrument. Een van die beperkingen is dat het bestuursorgaan niet verplicht is om een nieuw besluit te nemen, ook al wordt daar door de rechter om gevraagd.

De bestuurlijke lus

In paragraaf 4.7 en in paragraaf 6.9.2.1 is de bestuurlijke lus besproken, zoals die in het concept-wetsvoorstel Aanpassing van de bestuursrechtspraak wordt voorgesteld. Die komt erop neer dat de rechter met zijn uitspraak wacht totdat hij van het bestuur een nadere standpuntbepaling heeft ontvangen. Uit de interviews en de expert meeting is naar voren gekomen dat veel rechters deze constructie een stap vooruit zouden vinden. Maar zij zagen deze wetwijziging niet als een absolute voorwaarde voor het gebruik van de bestuurlijke lus.

Naar de mening van de onderzoekers zijn er drie redenen om in de Awb wel een bestuurlijke lus te regelen. Ten eerste maakt een wetwijziging mogelijk dat de

rechter het bestuur aan termijnen bindt bij de uitvoering van de bestuurlijke lus. Ten tweede maakt een wetswijziging mogelijk dat de rechter een echte tussenuitspraak doet, waarin hij materiële rechtsoordelen over het bestreden besluit kan geven die bij de eindspraak bindend zullen zijn. Ten derde is een wetswijziging van belang omdat deze de rechterlijke opdracht tot definitieve geschilbeslechting duidelijk tot uitdrukking brengt. Een wetswijziging zou deze ontwikkeling van toetsing naar geschilbeslechting duidelijk markeren.

De wetgever zou de rechter de mogelijkheden van de bestuurlijke lus moeten aanreiken. Hoe vaak de rechter daarvan gebruik zal gaan maken, hangt ervan af in hoeverre hij door het gebruik van dit instrument de in paragraaf 8.3 genoemde belemmerende factoren weet te overwinnen. De bestuurlijke lus kan daarbij helpen, maar er is meer nodig.

Bewijslastverdeling

De onderzoeksresultaten ondersteunen de verwachting dat het werken met een expliciete en tijdige bewijslastverdeling de geschilbeslechting zou kunnen bevorderen. Het moet duidelijk zijn dat het geschil over de feiten in beginsel door partijen wordt gevoerd, want in die richting heeft het bestuursprocesrecht zich sinds de inwerkingtreding van de Awb steeds duidelijker ontwikkeld. De rechter kan zijn bevoegdheid om de feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb) gewoon behouden, maar partijen moeten tijdig weten of de rechter daar in hun geval ook gebruik van zal gaan maken. Een voordeel van het werken met een expliciete bewijslastverdeling zou zijn dat de rechter minder snel zou aanlopen tegen de belemmeringen, die hem er nu vaak toe brengen om het feitenonderzoek en de feitenvaststelling primair aan het bestuur over te laten. Het bestuursorgaan zou het feitenonderzoek, dat nu vaak na de vernietiging wordt verricht, in veel gevallen ook vóór de rechterlijke uitspraak kunnen verrichten. Maar dan moet het wel tijdig vernemen dat de rechter van plan is om te gaan vernietigen en op welke gronden.

Comparities

In het bestuursrecht zou meer gebruik kunnen worden gemaakt van de mogelijkheden van een comparitie. Dat zou de rechter en partijen in staat stellen om in een vroeg stadium van de beroepsprocedure na te gaan of partijen nadere standpunten naar voren kunnen brengen die een oplossing voor het geschil dichterbij zouden kunnen brengen. Ook kan bijvoorbeeld besproken worden of het bestuursorgaan een 6:18-besluit zou kunnen nemen dat in de beoordeling van het geschil zou kunnen worden betrokken. De rechter kan op basis van hetgeen in de comparitie naar voren is gekomen een bewijslastverdeling tussen partijen opstellen of beslissen om zelf de feiten aan te vullen. Het verdient om proceseconomische redenen aanbeveling dat de wetgever in de Awb vastlegt dat na het vooronderzoek een zitting achterwege kan blijven indien er een comparitie is gehouden en hetgeen daarna is uitgewisseld geen aanleiding geeft tot een onderzoek ter zitting.

Judiciële lus

De proceseconomie zou gediend zijn met een wetswijziging op grond waarvan de hogerberoepsrechter kan bepalen dat tegen het nieuwe besluit, dat na een door hem uitgesproken vernietiging wordt genomen, direct beroep bij hem zelf open staat. De route via de rechtbank wordt dan overgeslagen.

Is definitieve geschilbeslechting een doel of een uitzondering?

De rechter heeft veel bevoegdheden gekregen, maar er is niet bij bepaald in hoeverre hij verplicht is om ervan gebruik te maken. Daardoor ontbreekt voor de rechter de noodzaak om zich in zijn uitspraak te verantwoorden over het feit dat hij het geschil niet definitief heeft beslecht. Zou de rechter zich daar wel over moeten verantwoorden, dan zou dat effecten hebben, waarvan partijen zouden kunnen profiteren bij de beëindiging van hun geschil na de vernietiging. Bovendien zou definitieve geschilbeslechting bij vernietiging meer een doel en minder een uitzondering worden. Als de rechter verplicht zou zijn om het geschil zoveel mogelijk te beslechten en zich in zijn uitspraak te verantwoorden voor een niet-definitieve beslechting, dan zou hij twee stappen moeten zetten:

- a De rechter zou in zijn uitspraak moeten aangeven welke voorvragen nog moeten worden beantwoord voordat het geschil kan worden beslecht. Er moeten bijvoorbeeld nog belangen van derden worden meegewogen of er moeten nog feiten worden onderzocht.
- b Hij zou in zijn uitspraak moeten aangeven waarom hij die voorvragen niet zelf kan beantwoorden. Er is bijvoorbeeld nog beleidsvrijheid of de rechter mist de technische deskundigheid.

In hoeverre helpen de besproken methoden bij het wegnemen van de belemmerende factoren?

De hierboven genoemde methoden ter verbetering van de geschilbeslechting zouden in belangrijke mate kunnen bijdragen aan het wegnemen van de belemmerende factoren, die in de huidige praktijk de definitieve geschilbeslechting bemoeilijken.

Maar niet alle belemmeringen kunnen worden weggenomen door de besproken procesrechtelijke methoden. De doorlooptijden (7), werklastverdeling (8) en het zittingsgerichte werken (9) zouden een obstakel blijven, als daar niet op een andere manier een oplossing voor zou worden gevonden. Het gebruik van de bestuurlijke lus, comparities en vooronderzoek gaan gepaard met een beroep op de werktijd van rechters. Als daar niet in wordt voorzien, zal wetswijziging waarschijnlijk geen grote toename teweegbrengen van het aantal gevallen waarin het geschil definitief wordt beslecht. Het lijkt daarom onvermijdelijk dat pogingen om de geschilbeslechting in het bestuursrecht te verbeteren, gepaard gaan met uitbreiding en versterking van het rechterlijke apparaat.

De overige belemmeringen worden met behulp van de besproken procesrechtelijke methoden in belangrijke mate weggenomen. De methode van de bestuurlijke lus laat het besluitvormingsprimaat bij het bestuursorgaan, zodat diens beleids- en beoordelingsvrijheid (1) en inhoudelijke deskundigheid (2) ontzien kunnen worden. Ook wordt de rechter niet gedwongen om de feiten ex nunc (3)

zelf te onderzoeken, want dat kan aan het bestuursorgaan worden opgedragen of overgelaten. Het werken met een expliciete bewijslastverdeling zou bovendien duidelijk maken dat het bestuur primair verantwoordelijk blijft voor de feitenvaststelling. De tussenuitspraak die de rechter doet voordat het bestuursorgaan de gelegenheid krijgt om in de bestuurlijke lus de geconstateerde gebreken te herstellen, zou ook een bewijslastverdeling kunnen bevatten. Daarbij kan ook de bewijslast geheel of gedeeltelijk bij de burgerpartij worden gelegd.

Ook aan het probleem dat de procesvertegenwoordiger van het bestuursorgaan vaak onvoldoende mandaat heeft voor het voeren van onderhandelingen (4) wordt tegemoetgekomen, want in de bestuurlijke lus neemt het bestuursorgaan zelf de nieuwe beslissing. Het houden van een comparitie in een vroeg stadium van het proces biedt de procesvertegenwoordiger bovendien de gelegenheid om nader overleg te voeren met het verantwoordelijke orgaan.

Maar men moet nu ook weer geen al te hoge verwachtingen hebben van de voorgestelde methoden ter verbetering van de geschilbeslechting. Moeilijk ligt het bijvoorbeeld wanneer een geheel nieuwe besluitvormingsprocedure moet worden doorlopen, bijvoorbeeld omdat de wettelijk voorgeschreven procedure niet is gevolgd (5). Dan zal in veel gevallen de rechter volstaan met een vernietiging en eventueel het primaire besluit herroepen teneinde de bestuurlijke besluitvormingsfase te doen herleven. En in zaken waarin de te nemen beslissing de belangen van derden raakt die niet als partij aan het geding deelnemen, zal de rechter blijven stuiten op de grenzen van zijn kunnen (6).

Onderkend moet worden dat er zaken blijven waarin vernietigen en terugwijzen de voorkeur verdient boven definitieve geschilbeslechting. De belemmerende factoren zijn tot op zekere hoogte onvermijdelijke effecten van de bijzondere positie van het bestuur en de aard van bestuursrechtelijke geschillen. Maar dat kan geen reden zijn om van definitieve geschilbeslechting af te zien in gevallen die zich er wel voor lenen.

8.6 AANBEVELINGEN

Aanbevelingen aan de wetgever

- 1.a De verbetering van de geschilbeslechting moet vooral komen van de rechter en van het bestuur en veel minder van de wetgever. Wel verdient het aanbeveling om de bestuurlijke lus te introduceren, zoals die in het concept-wetsvoorstel Aanpassing van de bestuursrechtspraak wordt voorgesteld (paragraaf 6.2.9.1).
- 1.b Het verdient aanbeveling dat de wetgever in de Awb bepaalt dat de rechter, indien hij volstaat met vernietiging van het bestreden besluit, zonder zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten, daarvoor de redenen in zijn uitspraak vermeldt (paragraaf 4.II).
- 1.c Het verdient aanbeveling dat de wetgever in hoofdstuk 8 van de Awb vastlegt dat de zitting achterwege kan blijven indien er een comparitie is gehouden

en hetgeen daarna is uitgewisseld geen aanleiding geeft tot een onderzoek ter zitting (paragraaf 6.9.2.4).

- 1.d In hoofdstuk 8 van de Awb dient bepaald te worden dat de bestuursrechter bevoegd is om tussenuitspraken te doen over de verdeling van de bewijslast tussen partijen. Deze tussenuitspraken zouden ruim vóór de zitting moeten worden gedaan (paragraaf 6.9.2.3).
- 1.e In hoofdstuk 8 van de Awb dient bepaald te worden dat partijen de rechter kunnen verzoeken om gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden tijdens het vooronderzoek. Daarbij dient bepaald te worden dat de rechter de verzoeker tijdig laat weten of hij aan het verzoek gevolg zal geven (paragraaf 6.4.2).
- 1.f Ook verdient het aanbeveling om de judiciële lus in de wet op te nemen. Met deze term wordt geduid op een constructie die zou moeten worden toegepast in gevallen waarin de rechter in hoger beroep het bestreden besluit van het bestuursorgaan vernietigt en het bestuursorgaan vervolgens een nieuw besluit moet nemen. Volgens de huidige wet staat tegen het nieuwe besluit beroep open bij de rechtbank en tegen de uitspraak die de rechtbank daarop doet staat weer hoger beroep open. Het is wenselijk dat in zo'n geval de hogerberoepsrechter kan bepalen dat tegen het nieuwe besluit direct beroep bij hem zelf open staat (paragraaf 6.9.2.2).

Aanbevelingen aan de rechter

- 2.a De mogelijkheden van het vooronderzoek zouden vaker moeten worden gebruikt om tot een definitieve beslechting van het geschil te kunnen komen (paragrafen 4.9, 6.4 en 6.8).
- 2.b De mogelijkheden van een comparitie van partijen zouden beter benut moeten worden. Deze comparitie zou in een vroeg stadium van de procedure moeten plaatsvinden (paragraaf 6.9.2.4).
- 2.c De rechter dient zoveel mogelijk door te dringen tot de kern van het geschil. Als hij daar uitspraak over doet, bespoedigt hij de geschilbeslechting die in de hervatte bestuurlijke fase moet worden volbracht (paragrafen 7.2 en 7.4).
- 2.d Gebreken die niet relevant zijn voor de inhoud van het besluit, dienen zoveel mogelijk te worden gepasseerd. De in de praktijk van de bestuursrechter gegroeide werkwijze, waarbij vernietigingen op uitsluitend formele gronden zoveel mogelijk worden vermeden, dient te worden voortgezet en waar mogelijk nog meer toepassing te vinden (paragrafen 4.8 en 6.6.1).

Aanbevelingen aan het bestuur

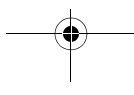
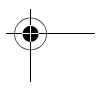
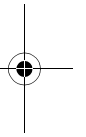
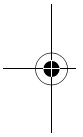
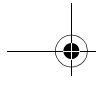
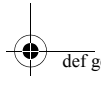
- 3.a De mogelijkheden van definitieve geschilbeslechting zouden toenemen als bestuursorganen zich vóór de zitting of comparitie zouden verdiepen in de beslissingsalternatieven die zij in geval van vernietiging van het bestreden besluit open zouden willen houden.
- 3.b bestuursorganen dienen ernaar te streven dat hun vertegenwoordigers in het proces bij de rechter een voldoende ruim geformuleerd onderhandelingsmandaat hebben (paragraaf 6.10.1).
- 3.c Het bestuur dient zich steeds bewust te zijn van de voordelen die artikelen 6:18 en 6:19 Awb te bieden hebben. Een wijziging of intrekking van het bestreden besluit kan het de rechter mogelijk maken het geschil definitief te beslechten (paragrafen 4.10 en 6.9.1.3).

Aanbeveling betreffende de toewijzing van middelen aan met rechtspraak belaste instanties

- 4 Bij het vaststellen van de budgetten voor de bestuursrechtspraak dient uitdrukkelijk aandacht te worden besteed aan de werkzaamheden die een bestuursrechter moet verrichten om, in de gevallen die zich daarvoor lenen, te komen tot een definitieve beslechting van geschillen. Het is niet voldoende om aandacht te besteden aan werkzaamheden die nodig zijn om te kunnen komen tot een uitspraak.

Aanbevelingen voor nader onderzoek

- 5.a Na de invoering van de bestuurlijke lus dient te worden onderzocht in hoeverre de toepassing ervan leidt tot verlenging van de doorlooptijden.
- 5.b Nader onderzocht dient te worden in hoeverre de geschilbeslechting bij de bestuursrechter negatief wordt beïnvloed door een financieringsstelsel waarin budgetten voor rechterlijke instanties mede worden bepaald door het aantal einduitspraken.



Summary

FINAL SETTLEMENT OF DISPUTES BY THE ADMINISTRATIVE COURT

This report deals with the subject: Final settlement of disputes by the administrative court and is part of five studies that together form the third evaluation of the General Administrative Law Act [*Algemene Wet Bestuursrecht*], hereinafter 'Awb'. The study aims to clarify whether the options available to the administrative court under the Awb, i.e. review decisions or render its own decision in the case, are satisfactory in practice and to consider whether further regulations are desirable in order to improve the substantive settlement of disputes.

To that end, the extent to which the administrative court exercises the powers conferred upon it under the Awb and does indeed finally settle disputes by means of these powers was firstly examined. Then, to the extent that this is not the case, the reasons for this were studied. In addition to this, the way in which the dispute-settling power of the court can be increased was also investigated. For the purpose of gaining a better understanding of this subject matter, not only was a theoretical study conducted but also a quantitative study: 12 judges were interviewed, 25 case file studies were carried out and an expert meeting was held.

The fact that the administrative court cannot always get around to settling the dispute has partly to do with the relationship between the court and the administration and in connection with this, the way in which the administrative court operates. If a decision is submitted to the court and it finds that the decision is unlawful then it will (virtually always) annul the decision, but, as a rule, it will not prescribe to the administrative authority what the content of the new decision should be. It does not do so, because the administrative authority still has a margin of discretion and therefore, after annulment by the court the administrative authority is still free to take a number of alternative decisions. The court does not define this margin of discretion, as this would be undesirable in view of the division of powers. If it were to define this margin, then it would, after all, be arrogating a task of the administration. Another reason for the court's restraint is that it sometimes lacks expertise and time. A new decision sometimes requires a new inquiry. The administrative authority is often better equipped to conduct that inquiry than the court. Moreover, a technical investigation is often required before a new decision can be rendered. However, the court does not usually have the expertise to conduct that type of investigation, the administrative authority does. For that reason, in most cases a new decision has to be taken by the administrative authority after the court has annulled the former decision. In these cases the dispute has often not been finally settled by the court, as appeal can also be entered against the new decision.

There is said to be a final settlement of disputes in the following cases. To start with if the appeal is declared unfounded. The (legal) dispute has ended in that case even though the citizen did not get what he or she wanted. In this study it has also been assumed that the dispute has been resolved if the court declares that the appeal cannot be sustained or declares the appeal outside the jurisdiction of the court. The dispute is also deemed to have been settled if the court has annulled the decision whereas after the annulment the administrative authority is not obliged to take a new decision. This can be the case, for example, if the administration has not taken the decision on request but *ex officio*. Lastly, the dispute can be finally settled by the court if it exercises the options provided under Section 8:72 (3) and (4) Awb: allowing the legal consequences to remain in effect and rendering its own decision in the case.

Pursuant to Section 8:72 (4) Awb the court can determine that it will substitute its own decision for the annulled decision. If it does so then it gives answer to the case; it effectively takes the new decision and not the administrative authority. As the court does not wish to thwart the administrative authority's prerogative of choice, it exercises this power with restraint. It will not use this power if the administrative authority still has prerogative of choice, unless the way in which the administrative authority wished to put this prerogative of choice into practice has become clear during the proceedings. If the administrative authority no longer has prerogative of choice, or if the way in which it wishes to put this into practice is clear, then the court, giving an answer to the case, can render a decision in substitution of the former one.

Section 8:72 (3) Awb confers on the court the power to allow the legal consequences of the annulled decision to remain in effect. In that case the court annuls the decision, because it is unlawful but allows its consequences to remain in effect. Just as in the situation where the court gives answer to the case, the administrative authority can still have prerogative of choice. The court will not exercise this power if the administrative authority still has prerogative of choice, unless the way in which the administrative authority wished to put this prerogative of choice into practice has become clear during the proceedings.

Section 6:22 Awb also aims to promote the settlement of disputes. This section provides that if only a procedural rule has been infringed in the taking of a decision, the court can uphold the decision provided that no one's interests are prejudiced as a result of this. The intent of this section is to prevent pointless annulment. This is referred to as the bypassing of procedural defects.

There is also in the meantime a draft bill in which the so-called administrative feedback loop is introduced. There is said to be an administrative feedback loop if the court finds that the decision is unlawful and it then asks the administrative authority which decision it wishes to take in substitution of the former decision. The court can then settle the dispute without thwarting the administrative prerogative. The aim of the draft bill is to provide that the court, if it wishes to declare the appeal well founded, can issue an interlocutory decision in which it gives the administrative authority the opportunity to remedy the defects found. If there is no right of appeal to a higher authority, the administrative authority is obliged to

cooperate with this. However, the administrative feedback loop cannot be applied if interested parties, who are not involved in the proceedings, could be disproportionately harmed as a result of this. The advantage of the figure of the administrative feedback loop is that it enables the court to finally settle the dispute.

A quantitative study was conducted in order to be able to make more precise pronouncements on the dispute-settling power of the court. This study shows that the court does not very often exercise its power to give a final answer to the case or to allow the legal consequences to remain in effect. Nor is this strange in view of the reasons, cited above, which cause the court to exercise this power with restraint.

In 2005 the court rendered its own decision in 18% of the cases in which it had annulled the decision. The legal consequences were allowed to remain in effect in 9% of the cases in which decisions had been annulled. However, the dispute is not settled in all cases in which the court exercises these powers. There can be various reasons for this; these reasons are described in the report. It can be the case, for example, that the court only gives answer in part to the case. In any case, in 22% of the cases in which a decision has been annulled, the dispute is finally settled by the court rendering its own decision or allowing the legal consequences to remain in effect.

Obviously this does not mean that in all the other cases the court does not settle the dispute. The dispute can also be settled in other ways, for example, by declaring the appeal unfounded or by declaring that the appeal cannot be sustained. Only those cases in which the decision is annulled, but in which the court does not render its own decision or allow the legal consequences to remain in effect, are cases in which the dispute has not been finally settled (save for a small number of exceptions). As in the majority of cases the decision is not annulled, by far the majority of disputes are therefore finally settled by the administrative court.

On the basis of the decisions found in the year of the study (2005), in which the court renders its own decision in the case or allows the legal consequences to remain in effect and on the basis of interviews with judges, we investigated which factors the court found to be relevant when weighing up whether to exercise these powers. The power is mainly used when the administrative authority no longer has prerogative of choice but, after annulment, the type of new decision to be taken can be directly inferred from the law. In these cases there is no danger that the court will thwart the administration's prerogative of choice. However, sometimes the powers to render its own decision in the case or to allow the legal consequences to remain in effect are exercised when the administrative authority still has prerogative of choice. But in this case too, this only really happens if in exercising this power it does not *thwart* the prerogative of choice of the administrative authority. The court can, for example, find that there is a lack of grounds: if the administrative authority then informs the court of further grounds during the proceedings, the court can annul the decision, but allow the legal consequences to remain in effect. In that case the court has ended the dispute, but has respected the administration's prerogative of choice.

There are a number of factors that complicate the settlement of disputes.

One of the reasons why the court acts with restraint in the final settlement of disputes is because it is often not yet clear which of the alternative decisions the administrative authority will choose after annulment. This choice can depend, in particular, on the policy-based decision to be taken or a further investigation of the facts and their classification.

The law provides the court with a number of options for conducting an investigation of the facts, in particular in the preliminary inquiry, which precedes the inquiry in court. But even after the court session, an investigation can still be conducted because the court can suspend the inquiry in court or reopen the inquiry. However, the court makes relatively little use of these options. The administrative courts strive to focus the inquiry, as far as possible, on studying the case file and on the hearing in court ('court session-oriented work'), whereby the aim to achieve shorter turnaround times particularly plays a part. This makes it difficult to reach a final settlement of disputes in those cases in which the decision is annulled. The court generally decides to nullify the administrative decision after the court session. However, then the inquiry is already closed. Although the inquiry can be reopened under the law, this option is rarely used.

All the same, the courts do often strive to finally settle disputes. They try to avoid, as far as possible, the situation in which a decision is annulled purely on the grounds of a procedural defect, whereas there has been no substantive review of the decision. For it is often the case that after annulment on the grounds of a procedural defect, the same substantive decision is taken. In that case the annulment is of no use to anyone. Interestingly enough, the court rarely makes use of Section 6:22 Awb, which was especially written with this in mind. They more often try to achieve this result in a less formal way, for example by asking the interested party in court whether he or she would be prepared to withdraw an objection to a specific procedural defect as it would not have any influence anyway on the final outcome. Interested parties are regularly prepared to do so if it appears that maintaining the objection will only lead to loss of time.

Administrative courts use a number of methods to promote the final settlement of disputes.

Further viewpoints of the parties during the proceedings

If the court finds a defect in the disputed decision, it can ask the administrative authority to give an indication of the way in which it would remedy this defect. It can request the administrative authority to provide further information or to conduct a further investigation of the facts. It can ask a party to provide evidence in respect of certain contentions that this party has submitted. This enables the court to get a better grip of the case and to avoid having to confine itself to annulment in a number of cases on account of a lack of factual substantiation of the disputed decision.

'Almost a final settlement'

In cases in which the court confines itself to annulment, the essence of the dispute can sometimes have been resolved to such an extent that the court can reasonably assume that the dispute has been settled by its decision. In these kinds of cases there are often practical or technical reasons (technical formulation of a decision, the making of the necessary calculation) for not rendering its own decision.

Settlement of disputes with the assistance of Section 6:19 Awb (upon interim withdrawal or amendment of the decision by the administrative authority)

The regulation of Section 6:19 Awb is perfectly in line with the development towards the settlement of disputes as a function of the administrative administration of justice. It appears to be used in practice for this purpose, but it also appears that there are limitations to the use of this instrument. One of these limitations is that the administrative authority is not obliged to take a new decision, even if the court has requested this.

In addition, the study shows that a number of methods could contribute in the future to an increase in the final settlement of disputes.

An explicit allocation of the burden of proof between the parties

The use of an explicit and timely allocation of the burden of proof could promote the settlement of disputes. An advantage of this would be that the court would not run quite so quickly into the hurdles that at present often cause it to leave the investigation of the facts and the determination of the facts to the administrative decision-making stage after the annulment. The administrative authority could in many cases conduct the investigation of facts, which at present is often carried out after the annulment, before the court decision. The citizen/ party can be allocated the burden of proof in respect of the facts, which fall within his or her area of evidence. However in that case they will have to be timely informed of the court's intention to annul and the grounds of this annulment.

'Comparitie'

In administrative law more use could be made of the opportunities provided by a *comparitie*. This would enable the court and the parties to ascertain at an earlier stage of the appeal proceedings whether the parties can submit further viewpoints that could bring a resolution of the dispute nearer. The court can draw up an allocation of the burden of proof between the parties or decide to supplement the facts on the basis of the information that has emerged from the *comparitie*.

Administrative feedback loop

There is said to be an administrative feedback loop if the court finds that the decision is unlawful and then asks the administrative authority which decision it wishes to take in its place. The court can then settle the dispute without thwarting the administrative prerogative. A draft bill provides that the court, if it wishes to declare the appeal well founded, will render an interlocutory decision, in which it

gives the administrative authority the opportunity to remedy the defects found. If there is no right of appeal to a higher authority, the administrative authority is obliged to cooperate with this. However, the administrative feedback loop cannot be applied if interested parties, who are not involved in the proceedings, could be disproportionately harmed as a result of this. (Draft Bill: Amendment to Administrative Procedural Law, to be found at www.minjus.nl).

Judicial feedback loop?

Procedural efficiency would be served by an amendment to the law on the basis of which the appeals court can determine that an appeal against the new decision, which is taken after an annulment pronounced by this court, can be lodged directly with it. The path via the district court is bypassed in that case.

The study leads to a number of recommendations (Paragraph 8.7).

Literatuur

Aalders e.a. 2001

M.V.C. Aalders, M.N. Boeve, W.G.A. Hazewindus, K.A.W.M. de Jong, A.P. Klap, B.K. Olivier, B.J. Schueler, R. Uylenburg, C.J. van der Wilt, *De burger en de Awb. Ervaringen van repeat players met Awb-procedures*, Den Haag: BJu, 2001.

Albers 2002

C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, Den Haag: Sdu 2002.

Albers/Schlössels 2002

C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, De bestuurlijke boete: een koekoekseis in het bestuursprocesrecht?, in: *NTB* 2002, p. 187-198.

Allewijn 1994

D. Allewijn, Beschikkingsprocesrecht, in: *Het nieuwe bestuursprocesrecht*, preadviezen VAR, VAR-reeks 112, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.

Allewijn 1998

D. Allewijn, Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter, *RM themis* 1998/9, p. 291-298.

Allewijn e.a. 1999

D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt, P.J.J. van Buuren, J.W. IJssink, N.S.J. Koeman, M. Scheltema, B.J. Schueler, *Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Allewijn 2004

Centrale Raad en Afdeling: Materiële geschilbeslechting als bindend element. Beschouwingen naar aanleiding van R.H. de Bock: De omvang van het geding, *Nederlands Tijdschrift voor bestuursrecht* 2004/8, p. 281-287.

Allewijn 2005

D. Allewijn, De bestuursrechter als begeleider van schikkingsonderhandelingen, *JBplus* 2005-4, p. 181-191.

Van Amersfoort 2005

P.J. van Amersfoort, De devolutieve werking van het (hoger) beroep, *WFR* 2005/6610.

Banda 1987

P.H. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van het beroep op de rechter bij de regeling van het administratieve procesrecht*, Zwolle 1989.

Barkhuysen/Van Emmerik/Loof 2000

T. barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.P. Loof, Vijftig jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, *NJCM-bulletin*, 2000-3.

Ten Berge/Widdershoven 1993

J.B.J.M. ten Berge, R.J.G.M. Widdershoven, Materiële rechtvaardigheid in administratieve rechtspraak, in: B. Hessel (red.), *De knikkers van het spel*, Utrecht, 1993.

Ten Berge/De Waard/Widdershoven 1996

J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard, R.J.G.M. Widdershoven e.a., Het bestuursprocesrecht. *Ervaringen met de Awb*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bestuur in geding 1997

Commissie-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, rapport uitgegeven door de Provincie Noord-Holland, 1997.

De Bock 2000

R.H. de Bock, De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak, *JBplus*, 2000, p. 66-77.

De Bock 2001

R.H. de Bock, *Waarheidsvinding in het bestuursrecht*, 2001, in: C.P.M. Cleiren e.a. Het procesrecht en de waarheidsvinding, Den Haag: BJu 2001, p. 33-46.

De Bock 2004

R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

H. Bolt 2000

H. Bolt, De artikelen 6:18 en volgende van de Awb, *JBplus* 2000, p. 26-37.

K.F. Bolt 2005

K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: BJu 2005.

Boukema 1994

P.J. Boukema, Vertrouwen in de rechter, in: *Awb in stukjes*, NTB-special, 1994.

Boukema 2001

P.J. Boukema, Effectieve rechtsbescherming, *NTB* 2001, p. 70.

Brenninkmeijer 1994-a

A.F.M. Brenninkmeijer, Geschillen beslechten, *Opinie*, *NJB* 1994-6, p. 193.

Brenninkmeijer 1994-b

A.F.M. Brenninkmeijer, Een leerstellig cliché, in: T. Hoogenboom, L.J.A. Damen, *In de sfeer van administratief recht. Opstellen aangeboden aan Willem Konijnenbelt*, Utrecht: LEMMA 1994, p. 13-32.

Brenninkmeijer 1997

A.F.M. Brenninkmeijer, Conflictbemiddeling in het bestuursrecht, in: *Van toetsing naar bemiddeling*, Deventer: Kluwer 1997.

Ter Brugge e.a. 1990

T. ter Brugge, Na de rechterlijke vernietiging. De uitspraak van de administratieve rechter en de nieuw te nemen beslissing, *NTB* 1990-6, p. 162-170.

Ter Brugge e.a. 1991

T. ter Brugge, J. Veltman, H.E. Broring, K.F. Schuiling, M. Scheltema, *Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht. Evaluatie van de Tijdelijke wet kroongeschillen*, Deventer: Kluwer, 1991.

Brugman 2005

D. Brugman, Ambtshalve toetsing afgebakend. De plaats van ambtshalve toetsing in het bestuursprocesrecht in nationaal- en Europeesrechtelijk perspectief, *NTB* 2005-8, p. 265-277.

Commissie-Van Kemenade 1997

Commissie-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, rapport uitgegeven door de Provincie Noord-Holland, 1997.

Daalder/Koeman 2001

E.J. Daalder en N.S.J. Koeman, Alternatieven van en voor de bestuursrechter, *NTB* 2001, p. 96-99.

Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000

E. Daalder, M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul. De vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2000.

Donner 1987

A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, 5^e druk, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1987.

Drion 2006

Coen Drion, Het beperkte geschil; beslechtend vermogen van de bestuursrechter, *NJB* 2006.

Van Ettekoven 2001

B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn), in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach, I.C. van der Vlies, Alternatieven van een voor de bestuursrechter, VAR-reeks 126, 2001.

Van Ettekoven 2001 (b)

B.J. van Ettekoven, Lus of lasso? Smeerolie voor de procedure bij de bestuursrechter, in: J.R. van Angeren e.a. (red.), *1000 weken bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 249-257.

Van Ettekoven/Schueler 1998

B.J. van Ettekoven en B.J. Schueler, Een ramp, een absolute ramp. Reacties op het zelfstandig schadebesluit, *NJB* 1998, p. 346-350.

Van Ettekoven/Schueler 2000

B.J. van Ettekoven en B.J. Schueler, Een voor de praktijk eenvoudig te hanteren maatstaf. De rechtsmachtverdeling na Groningen-Raatgever, *NTB* 2000/7, p. 203-213.

Faber 1992

W. Faber, *90 jaren in beroep*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Van Galen/Van Maarseveen 1978

A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief recht LXXXII, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1978.

De Graaf 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2004.

De Graaf 2005

K.J. de Graaf, Schikken hangende beroep, *JBplus* 2005/4, p. 168-180.

Heldeweg, 1993

M. Heldeweg, *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag 1993.

Hertogh 2002

M. Hertogh, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht 2002.

Hertogh 1997

M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle. De bestuurlijke doorwerking van het oordeel van de administratieve rechter en de Nationale ombudsman*, Den Haag: VUGA 1997.

Hirsch Ballin 1986

E.M.H. Hirsch Ballin, In de zaak voorzien. Beschouwing over de taak van de administratieve rechter ingevolge artikel 70 van de Beroepswet en artikel 73 van de Wet op de Raad van State, in: *Blinde vlekken in het sociale recht*, Deventer 1986, 176-197.

Van der Hoeven 1991

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1991.

Hutten e.a. 1989

D.J. Hutten, e.a., *Na de vernietiging*, Universiteitsdrukkerij Groningen, 1989.

Hutten 1992

D.J. Hutten, Zelf in de zaak voorzien, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 195-208.

Ippel 1989

P. Ippel, *Reacties op rechtsbescherming in twee dienstverlenende organisaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989.

Janssen 2000

A.M.L. Janssen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2000.

Koeman 2001

N.S.J. Koeman, Effectieve en inhoudsvolle bestuursrechtspraak, *NTB* 2001, p. 20.

Konijnenbelt 1991

W. Konijnenbelt, De Afdeling geschillen als rechter, *NTB* 1991-6, p. 165-169.

Krabbe 1911

H. Krabbe, Administratieve rechtspraak, *RM* 1911.

Kroonberoep en Arob-beroep 1981

P.J.J. van Buuren, H. Bolt, M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep*, Deventer: Kluwer 1981.

Van Male 1988

R.M. van Male, Beredeneerd besluiten. Plaats, functie en betekenis van het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht, *NTB* 1988-3, p. 73-79.

Van Male 1993

R.M. van Male, *Onvoltooid recht. Over rechtsbetrekking, bestuursrecht en bestuursprocesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1993.

Marseille 2000

A.T. Marseille, Snelle en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in Nederland en Duitsland, *Bestuurswetenschappen* 2000, p. 375-391.

Marseille 2003

A.T. Marseille, Snelle en effectieve geschilbeslechting door de bestuursrechter in de praktijk, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag 2003, p. 75-91.

Marseille 2003-a

A.T. Marseille, De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, *NJB* 2003, p. 1062-1069.

Marseille 2004

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: BJu, 2004.

Neerhof 1999

A.R. Neerhof, Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbijgaan ...? De bevoegdheden van de bestuursrechter om geschillen definitief op te lossen, *JBplus* 1999-2, p. 71-87.

Neerhof 1999 (b)

A.R. Neerhof, Bestuurlijke lus: passend antwoord op een weeffout of lapmiddel? Over een tussenuitspraakbevoegdheid in het bestuursprocesrecht, in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 143-162.

Nicolai 1990

P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer, 1990.

Oldenziel 2005

H.A. Oldenziel, De bestuurlijke lus als middel voor een efficiënte geschilbeslechting. Beschouwingen naar aanleiding van de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten, *NTB*, 2005, p. 85-94.

Pach 2001

M.A. Pach, Mediation in het bestuursrecht. Het kan, het mag en het werkt, in: *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, VAR-reeks 126, Den Haag: BJu 2001.

Pennarts 1993

H. Pennarts, De comparitie in het bestuursrecht, *NTB* 1993-10, p. 305-310.

Pieters 2000

G.F. Pieters, Toepassing van de formele abb: adequate geschillenbeslechting?, *NTB*, 1994-5, p. 117-125.

Polak 2000

J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten*, Deventer: Kluwer 2000.

Polak e.a. 2002

J.E.M. Polak, K. van Lessen Kloeke, M.F. van der Mersch, Zelf in de zaak voorzien: tussenstand en vooruitblik, *NTB* 2002/1, p. 3-11.

Pront-Van Bommel 2002

S. Pront-Van Bommel, *Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2002.

Punt 1975

B.C. Punt, *Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen*, Den Haag: VUGA 1975.

Schlössels 1997

R.J.N. Schlössels, *Zelf in de zaak voorzien: kiezen tussen cliché of dogma?*, Rechtspraak Bestuursrecht: de annotaties 1996-1997.

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne: enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2003.

Schreuder-Vlasblom 1987

M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek. De gedachtenvorming over aard en zin van rechterlijke beoordeling van bestuuroptreden sedert omstreeks 1815*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987.

Schreuder-Vlasblom 1991

M. Schreuder-Vlasblom, Tussen dominus litis en knecht van twee meesters, *NTB* 1991-3, p. 69-82.

Schreuder-Vlasblom 1995

M. Schreuder-Vlasblom, De toepassing van de art. 6:18 en 6:19 Awb in procedures voor de rechter in eerste aanleg en in hoger beroep, *Trema*, 1995.

Schreuder-Vlasblom 2006

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2006.

Schueler 1994

B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Schueler 2005

B.J. Schueler, Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten, *Monografieën Awb B-7*, Deventer: Kluwer 2005.

Schueler, 2006

B.J. Schueler, Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*, 2005, p. 114-123.

Schuurmans 2006

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht: zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Simons/Marseille/De Waard 2006

Th.G.M. Simons, A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht, Preadviezen voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks-136*, Den Haag: BJu 2006.

Stroink 1995

F.A.M. Stroink, Judicial Control of the Administration's Discretionary Powers, in: *Judicial Review*, Maastricht: Metro 1995.

Struycken 1910

A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter. Beschouwingen over de moderne rechtsstaatgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Arnhem: S. Gouda Quint 1910.

Struycken 1912

A.A.H. Struycken, Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande, *RM* 1912, p. 521-563.

Tak 1990

A.Q.C. Tak, Het moment X, *TvO* 1990, p. 134-138.

Tak 1992

A.Q.C. Tak, De ongewenste discussie, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 67-84.

Tak 2002

A.Q.C. Tak, Rechters met slappe knieën, *NJB* 2002, p. 1459-1462.

Tak 2005

A.Q.C. Tak, *Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.

VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004

Commissie rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR (Commissie-Polak), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid: van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004.

Verheij 1991

N. Verheij, Een klantvriendelijke rechter, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 151-168.

Verheij 2003

N. Verheij, Tussen toen en nu, *JBplus* 2003, p. 26-47.

Van der Vlies 2001

I.C. van der Vlies, Geschilbeslechting en conflictbehandeling, juridisch geregeld, in: *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, VAR-reeks 126, Den Haag: BJu 2001.

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

De Waard 1987 (b)

B.W.N. de Waard, Na de uitspraak. Enkele opmerkingen over het gevolg geven aan uitspraken van de Arob-rechter, *NTB* 1987-3, p. 79-89.

De Waard 2006

B.W.N. de Waard, Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht, in A.W. Heringa e.a.: *Het bestuursrecht beschermd*, Den Haag, Sdu 2006.

Van Waterschoot 2002

N.M. van Waterschoot, Het door de vingers zien van gebreken die de materiële inhoud niet raken, *JBplus* 2002, p. 181-194.

Wiarda 1952

G.J. Wiarda, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in: *Geschriften van de vereniging voor administratief recht*, XXIV, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zn. N.V., 1952.

Widdershoven e.a. 1991

R.J.G.M. Widdershoven, G.T.J.M. Jurgens, P.J.J. van Buuren, G.H. Addink, *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen. Evaluatie van de Tijdelijke wet kroongeschillen op het gebied van het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Widdershoven 2005

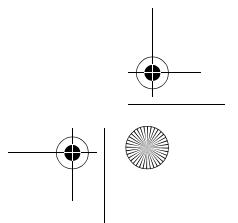
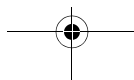
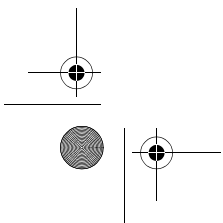
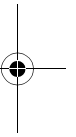
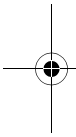
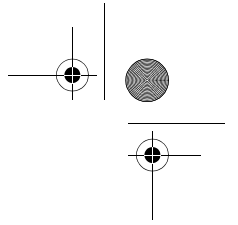
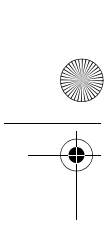
R.J.G.M. Widdershoven, Keuzes bij de invoering van belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties, *WFR* 2005, 6610.

Wulffraat-van Dijk 1992

M.S.E. Wulffraat-van Dijk, De onderzoeksbevoegdheden van de rechter in het nieuwe bestuursprocesrecht, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 151-168.

Wulffraat-van Dijk 1995

M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.



Bijlage 1 Stroomdiagrammen

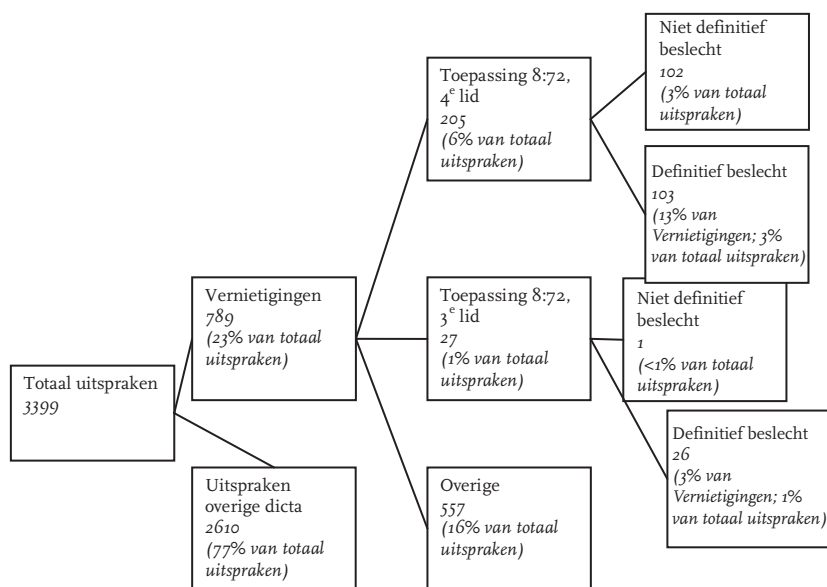
In deze bijlage zijn vijf stroomdiagrammen opgenomen, die per instantie laten zien hoe een aantal soorten uitspraken zich tot elkaar verhouden. Deze bijlage sluit aan bij paragraaf 5,5 van het rapport.

Het totale aantal uitspraken waar het stroomdiagram van uitgaat, is het totale aantal uitspraken in de hoofdzaak dat door de desbetreffende instantie in het onderzoeksjaar 2005 is gedaan. Bij de vernietigingen staat het aantal uitspraken vermeld waarin een besluit is vernietigd. Bij 'uitspraken overige dicta' staat het aantal uitspraken waarin het beroep ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard of de rechter zich onbevoegd heeft verklaard. De vernietigingen worden vervolgens verdeeld in drie groepen:

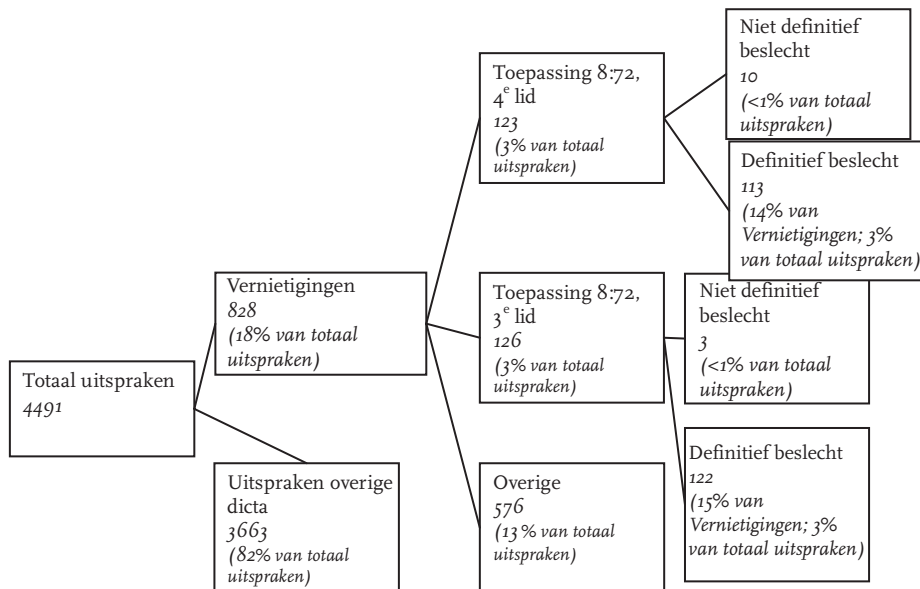
- uitspraken waarbij zelf in de zaak is voorzien (art. 8:72 lid 4 Awb);
- uitspraken waarbij de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten (art. 8:72 lid 3 Awb);
- overige vernietigingen.

De eerste en de tweede groep worden ten slotte verdeeld in uitspraken die het geschil definitief hebben beslecht en uitspraken waarna het bestuursorgaan nog een nieuw besluit moest nemen ter afronding van het geschil.

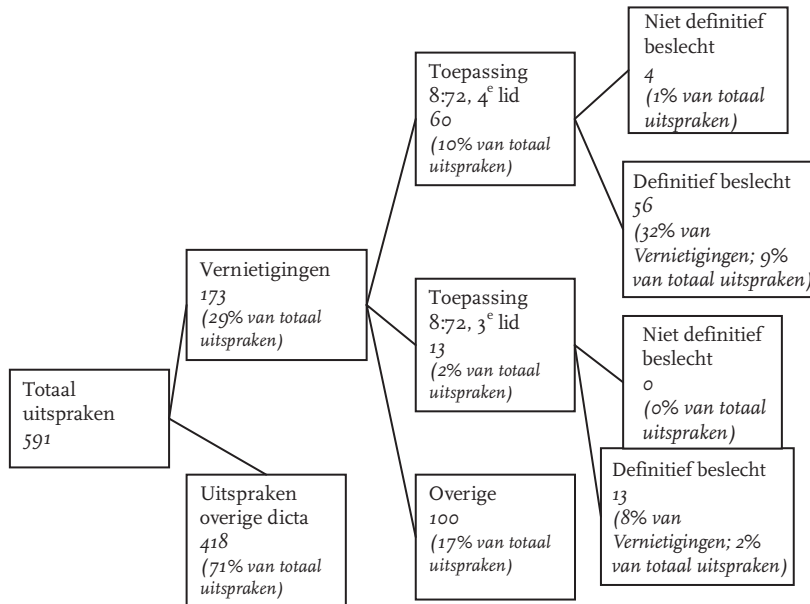
Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State



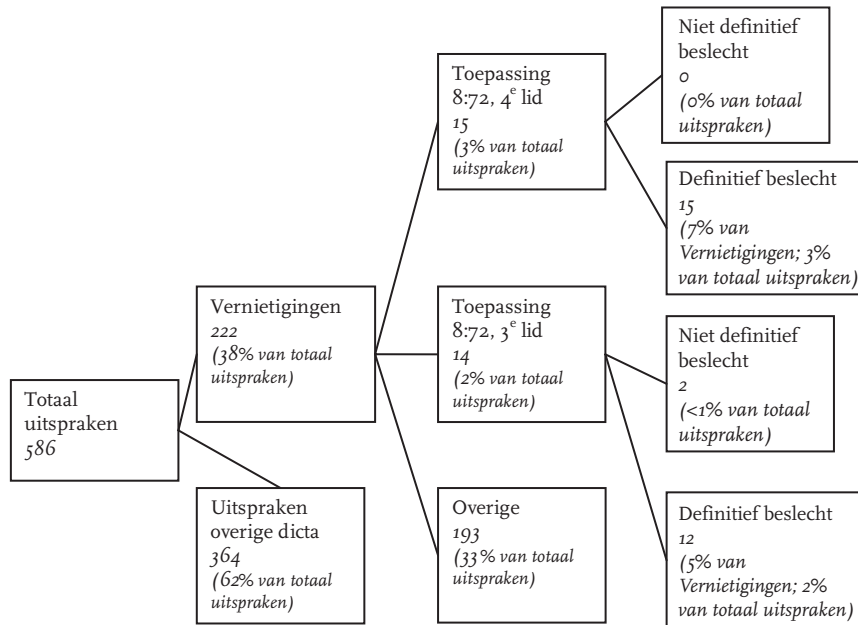
Centrale Raad van Beroep



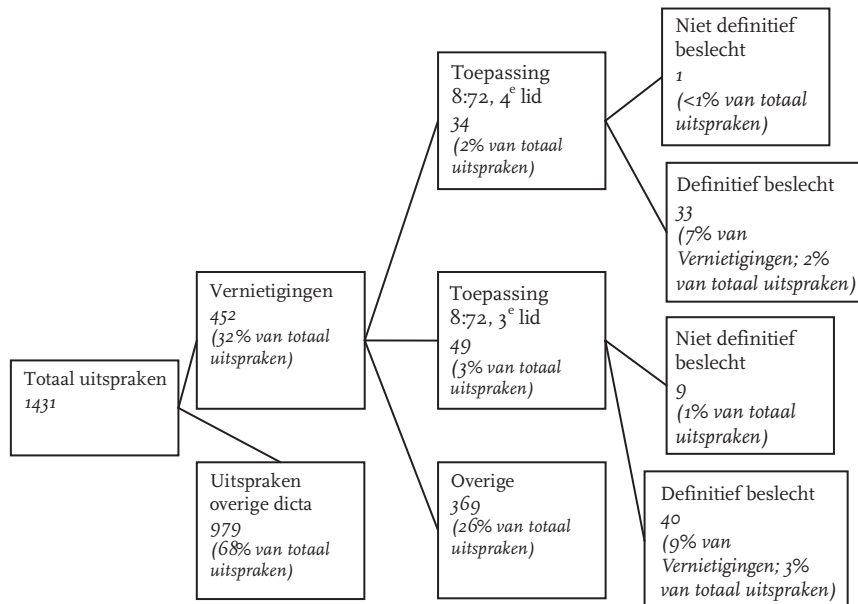
College van Beroep voor het bedrijfsleven



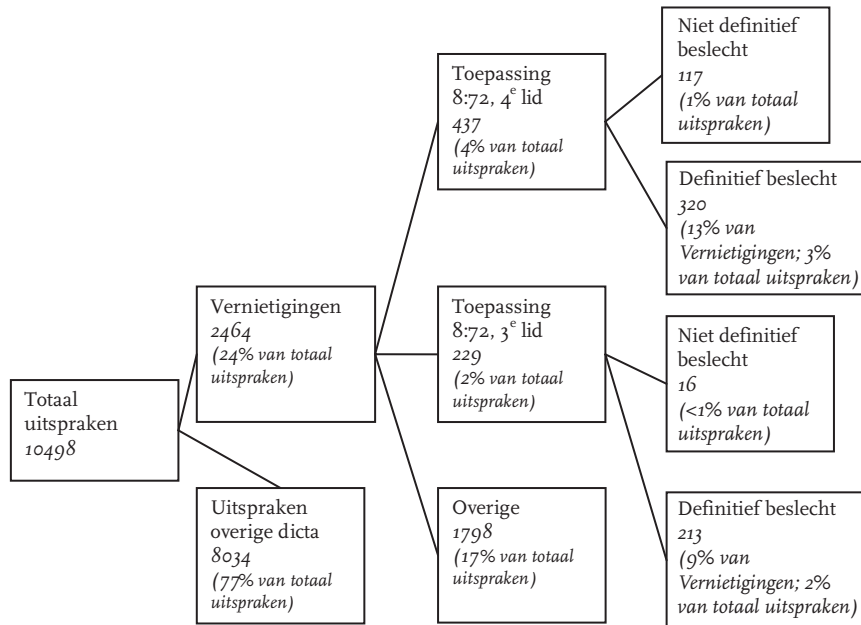
Rechtbank 1



Rechtbank 2



Alle colleges



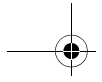
Bijlage 2 Vragenlijst rechters

Vragenlijst Interviews rechters

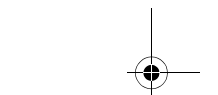
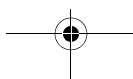
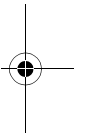
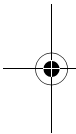
Aan de hand van deze lijst zijn de diverse interviews met rechters gevoerd.

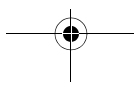
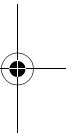
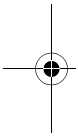
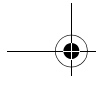
- 1 Dit onderzoek gaat over definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter. Is dat volgens u een onderwerp dat inderdaad de aandacht verdient bij de evaluatie van de Awb?
- 2 Wat valt volgens u onder het 'geschil'?
 - a Alleen het bestreden besluit?
 - b Ook datgene wat na een vernietiging nog moet gebeuren?
 - c Heeft uw college hierin een keuze gemaakt?
 - d En in hoeverre omvat het geschil ook de feiten?
- 3 Beslechting van het beperkte geschil
 - a In hoeverre komt u toe aan de beslechting van het 'beperkte geschil'?
 - b Indien niet wordt toegekomen aan beslechting van dit beperkte geschil, wat is hiervoor dan de reden c.q. waardoor wordt dit veroorzaakt?
 - c Komt u toe aan een oordeel over het primaire besluit?
- 4 In hoeverre komt u toe aan de beslechting van het ruime geschil door zelf in de zaak te voorzien?
 - a Voert uw college een uitdrukkelijk beleid bij het gebruik van deze bevoegdheid?
 - b Hoe vaak maakt u van deze bevoegdheid gebruik? (elke zittingsdag, elke week, elke maand, hooguit een paar keer per jaar)
 - c In wat voor soort gevallen?
 - d Wat houdt het zelf voorzien dan in?
 - e In hoeverre speelt bij het zelf voorzien mee dat sprake is van beleids- of beoordelingsvrijheid of dat er nog feiten moeten worden vastgesteld?
 - f Zou u het wenselijk vinden dat het zelf voorzien vaker / minder vaak zou gebeuren?
 - g Wat staat er in de weg aan een verruiming (c.q. beperking) van het beleid in deze?
 - h Wijkt uw college wel eens af van het beleid?
- 5 In hoeverre komt u toe aan de beslechting van het ruime geschil door de rechtsgevolgen in stand te laten?
 - a Voert uw college een uitdrukkelijk beleid bij het gebruik van deze bevoegdheid?

- b Hoe vaak maakt u van deze bevoegdheid gebruik? (elke zittingsdag, elke week, elke maand, hooguit een paar keer per jaar)
- c In welke gevallen? Is het onderscheid tussen beleid en feiten van belang?
- d Zou u het wenselijk vinden dat het in stand laten van de rechtsgevolgen vaker / minder vaak zou gebeuren?
- e Wat staat er in de weg aan een verruiming (c.q. beperking) van het beleid in deze?
- f Wijkt uw college wel eens af van het beleid?
- 6 In hoeverre komt u toe aan de beslechting van het ruime geschil door vormgebreken te passeren met toepassing van 6:22?
- a Zijn er andere manieren om vormgebreken te passeren?
- b Voert uw college een uitdrukkelijk beleid bij het gebruik van deze mogelijkheden?
- c Hoe vaak maakt u van deze bevoegdheid gebruik? (elke zittingsdag, elke week, elke maand, hooguit een paar keer per jaar)
- d In welke gevallen? Onderscheid beleid, feiten van belang?
- e Zou u het wenselijk vinden dat dit vaker resp. minder vaak zou gebeuren?
- f Wat staat er in de weg aan een verruiming (c.q. beperking) van het beleid in deze?
- g Wijkt uw college wel eens af van het beleid?
- 7 In hoeverre kunt u de beslechting van het ruime geschil beïnvloeden door bij vernietiging de uitspraak zo in te richten dat partijen er meer of minder uit kunnen afleiden aan welke voorwaarden het nieuwe besluit moet voldoen (deze beslechting is dus niet definitief in formeel-procedurele zin)?
- a als u dat doet, hoe doet u dat dan? Door:
- keuze tussen materiele en formele vernietigingsgrond?
 - volledige rechtmatigheidstoetsing?
 - overwegingen ten overvloede?
 - door feitenvaststelling?
 - terugwijzen?
 - bewijs door partijen tijdens beroepsfase, of
 - onderzoek door of vanwege de rechtbank?
- 8 Kan gebruik van vooronderzoek de geschilbeslechting bevorderen?
- a Maakt u ook gebruik van deze mogelijkheid? Wordt bijvoorbeeld tijdens het vooronderzoek om verbetering van de motivering gevraagd?
- b Kan heropening (art. 8:64) of voortzetting na zitting de geschilbeslechting bevorderen?
- c Maakt u gebruik van deze mogelijkheden?
- d Zo nee, waarom niet?



- 9 Kan gebruik van art. 6:18/6:19 de geschilbeslechting bevorderen?
- a Stimuleert u het gebruik door bestuursorganen?
 - b Zo ja, hoe?
 - c Zo nee, waarom niet?
- 10 Zou een bestuurlijke lus wenselijk zijn?
- a Zou het bestuursorgaan daartoe verplicht moeten worden, indien vernietiging aangewezen lijkt of voor de hand ligt?
 - b Zou de rechter de vrijheid moeten hebben niet daartoe over te gaan?
 - c Wat zijn de voordelen van een bestuurlijke lus?
 - d Wat zijn de nadelen van een bestuurlijke lus?
 - e In welke situaties is een bestuurlijke lus niet bruikbaar c.q. wat zijn belemmerende factoren?
- 11 Ziet u zichzelf voornamelijk als een toetsers of meer als een geschilbeslechter?
- 12 Zou de wetgever hier nog een rol kunnen vervullen?





Bijlage 3 Coderingsschema

In onderstaand overzicht is het coderingsschema weergegeven, dat in fase 1 van het onderzoek is gebruikt.

- A bestuursrechtelijk deel terrein**
- B soort besluit**
- C dictum van de rechterlijke uitspraak**
 - zoals:
 - herroeping primair besluit
 - niet-ontvankelijkverklaring bezwaar
 - wijziging vergunningsvoorschrift
 - vaststellen hoogte boete
 - in stand laten rechtsgevolgen
- D motieven om de zaak zelf af te doen**
 - D I nog maar één besluit mogelijk om procedurele redenen**
 - a geen besluit
 - b belanghebbende
 - c termijnoverschrijding bezwaar
 - d onbevoegd bestuursorgaan
 - D II nog maar één besluit mogelijk om andere wettelijke redenen**
 - D III nog maar één besluit mogelijk op grond van rechtsbeginselen**
 - D IV nog maar één besluit mogelijk op grond van EG-recht**
 - D V om andere redenen nog maar één besluit mogelijk**
 - D VI er is in beginsel nog ruimte voor verschillende besluiten, maar er is een andere reden om de zaak zelf af te doen:**
 - a het bestuursorgaan heeft een nadere motivering gegeven
 - b er is nader feitenmateriaal gekomen
 - c het vernietigde besluit is bekrachtigd door een bevoegd orgaan
 - d partijen hebben de rechter verzocht om de zaak af te doen
 - e het bestuursorgaan geeft toe (en stemt in met een verbetering van het besluit door de rechter)
 - f herstel van vormfout zou niet tot ander resultaat leiden
 - g het gebrek is middels een ander besluit hersteld
 - h het gebrek is gecompenseerd
 - i omgang met belanghebbende, leeftijd, tijdsverloop

- j feiten zijn voldoende duidelijk
- k bestuursorgaan zegt na vernietiging te zullen herroepen
- l bestuursorgaan heeft eerdere fout weer niet gerepareerd

Bijlage 4 Checklist dossieronderzoek

Hieronder worden de belangrijkste vragen weergegeven aan de hand waarvan het dossieronderzoek is verricht

- 1 Wat voor een soort besluit is het?
- 2 Wat is de reden voor vernietiging?
- 3 Geef zo mogelijk aan of het om een formeel gebrek gaat of om een materieel gebrek.
- 4 Over welke beroepsgrond(en) heeft de rechter een oordeel gegeven?
- 5 Welke beroepsgronden tref je aan?
- 6 Welke gronden van verweer zijn aangevoerd?
- 7 Heeft een gevoegde partij gronden aangevoerd? Zo ja, welke en wanneer?
- 8 Is er iets gebeurd tussen de zitting en de uitspraak afgezien van de raadkamer en het schrijven van de uitspraak?
- 9 Welk besluit is er genomen ter vervanging van het vernietigde besluit?
- 10 Wat stond er in het dictum van het nieuwe besluit?
- 11 Wijkt dat dictum af van het oorspronkelijke besluit (de beslissing op bezwaar)?
- 12 Wijkt de onderbouwing af van het oorspronkelijke besluit (de beslissing op bezwaar)? Zo ja, op welke gronden?
- 13 In hoeverre is het besluit een reactie op de rechterlijke uitspraak?
- 14 Als er geen besluit is genomen, hoe verklaar je aan de hand van het dossier waarom er geen nieuw besluit is genomen?
- 15 Heeft wijziging van feiten en omstandigheden een rol gespeeld?
- 16 Is er een nieuwe hoorzitting gehouden en zijn er nieuwe schriftelijke stukken uitgewisseld?

- 17 Heeft belanghebbende na vernietiging nieuwe bezwaren aangevoerd, en zo ja, welke?
- 18 Heeft het bestuursorgaan nieuwe gronden van verweer aangevoerd, en zo ja welke?
- 19 Heeft een toegevoegde partij nieuwe gronden aangevoerd?
- 20 Zijn er nog oude twistpunten?
- 21 Wordt er na vernietiging nog gestreden over twistpunten die voor vernietiging ook al aan de orde zijn geweest?
- 22 Zijn er nieuwe partijen bijgekomen?
- 23 Is er tegen het nieuwe besluit beroep ingesteld? Zo ja, door wie en op welke gronden en hoe is het afgelopen?
- 24 Was er sprake van een hoger beroep tegen de uitspraak? Zo ja:
 - Was hangende hoger beroep een nieuw besluit genomen ter vervanging van het vernietigde besluit?
 - Zo ja, is dat nieuwe besluit in hoger beroep getoetst?
 - Zo nee, is dat nieuwe besluit later (na uitspraak in hoger beroep) nog wel genomen?
 - Als er na de uitspraak in hoger beroep een nieuw besluit is genomen, heeft de uitspraak van de appelrechter invloed op het nieuwe besluit?

Bijlage 5 Vragenlijst expert meeting

De vragenlijst zoals gebruikt op de expert meeting

- 1 Hoe vaak wordt het geschil definitief beslecht door zelf in de zaak voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen?

Uit het kwantitatieve onderzoek blijkt dat met 22% van de uitspraken waarbij een besluit is vernietigd, het geschil definitief is beslecht doordat zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten. Dat is naar schatting 5% van alle zaken die leiden tot een uitspraak in de hoofdzaak.

Vragen

- 1a Stemt dit percentage overeen met wat u had verwacht?
- 1b Vindt u dit percentage aanvaardbaar?

- 2 **Op basis van ons onderzoek kunnen wij zeven factoren onderscheiden die de definitieve geschilbeslechting bemoeilijken.**

- 1 beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid van het bestuur,
- 2 benodigde inhoudelijke deskundigheid,
- 3 werklastverdeling tussen rechter en bestuur,
- 4 de procedurele waarborgen van de bestuurlijke besluitvorming,
- 5 het verschil in toetsingsmoment (ex nunc en ex tunc),
- 6 de betrokkenheid van derden,
- 7 doorlooptijden en budgetten.

Vragen

- 2a Strookt dit met uw eigen ervaring?
- 2b Waardoor wordt het definitief beslechten van geschillen vooral bemoeilijkt? Is er in deze zeven factoren een rangorde aan te brengen?

3 Het geschil over de feiten

Uit het onderzoek blijkt dat het geschil over de feiten de rechterlijke uitspraak gemakkelijk kan overleven. Aan het definitief beslechten van het geschil komt de rechter vaak niet toe doordat de feiten nog onvoldoende duidelijk zijn.

In de interviews zijn vragen gesteld over de verschillende wegen die de rechter kan bewandelen als hij constateert dat de feiten nog onduidelijk zijn of de motivering van het besluit niet deugt.

Alle geïnterviewde rechters beamen dat het verkrijgen van een nadere motivering of nader feitenmateriaal kan bijdragen aan meer definitieve geschilbeslechting. Zij wijzen er ook allemaal – de een meer dan de ander – op, dat zij tegen grenzen aan lopen als zij deze weg inslaan.

In dit streven stuit de rechter al snel op de grenzen aan zijn activiteit: de zeven factoren die wij hierboven hebben genoemd bij vraag 2.

Wellicht is een optie, dat de bestuursrechter meer gebruik gaat maken van de mogelijkheden die een expliciete bewijslastverdeling biedt. Het geschil over de feiten moet dan meer door partijen zelf worden gevoerd. De zeven belemmerende factoren doen zich dan wellicht minder gelden.

Vragen

- 3a Zou een tijdige bekendmaking van een bewijslastverdeling aan partijen (voordat de zitting plaatsvindt) de mogelijkheden van geschilbeslechting vergroten?
- 3b Zou de rechter meer gebruik kunnen maken van het vooronderzoek en zou dat de definitieve geschilbeslechting bevorderen?
- 3d Zou dit de last van het langer/intensiever/duurder procederen waard zijn?

4 Werklastverdeling tussen rechter en bestuur

Stelling

Aan definitieve beslechting van het geschil komt de rechter vaak niet toe omdat hij moet voorkomen dat hij het werk van het bestuur gaat verrichten.

Toelichting:

Sommige rechters zeggen niet ‘het huiswerk van het bestuursorgaan’ te willen maken. Hier kan men denken aan de nadere invulling of vormgeving van het besluit. Die moet worden overgelaten aan het bestuur, ook als de strekking ervan al wel vaststaat. Ook het (moeten) maken van ingewikkelde berekeningen (zoals in de sfeer van het socialezekerheidsrecht) is voor rechters aanleiding om niet zelf in de zaak te voorzien.

Het kan ook gaan om onderzoek naar de feiten. De rechter wil voorkomen dat het bestuur dit voor zich uit schuift, totdat het bij de rechter ligt.

5 Zou u vaker zelf in de zaak voorzien als de beperkingen die in de jurisprudentie zijn opgelegd aan het gebruik van deze bevoegdheid, minder stringent zouden zijn?

Sommige rechters in eerste aanleg wijzen erop dat het geringe gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien is terug te voeren op het standpunt dat de ABRvS al in een vroeg stadium innam, nl. dat alleen in de zaak mocht worden voorzien indien en voor zover er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is. Rechters die in eerste instantie nog wel met enige vrijmoedigheid tot het zelf in de zaak voorzien overgingen, zijn daardoor weerhouden van het hanteren van deze bevoegdheid buiten het strikte kader zoals dit door de ABRvS is ontwikkeld, zodat eigenlijk alleen gevallen overblijven als het vervangen van een ongegrondverklaring door een niet-ontvankelijkverklaring.

6 Het bespreken en beoordelen van beslissingsalternatieven.

Definitieve geschilbeslechting is vaker haalbaar naarmate de rechter en partijen er meer in slagen om het nieuwe besluit, dat na de vernietiging moet worden genomen, in de procedure te betrekken. Daarvoor is nodig dat zij zich niet beperken tot het geschil over het oude besluit, maar ook procederen over de beslissingsalternatieven.

Tot op zekere hoogte gebeurt dat al. Dat ziet men met name als de rechter constateert dat het bestreden besluit een formeel gebrek vertoont. Hij gaat dan zo veel mogelijk na of dat gebrek inhoudelijke consequenties kan hebben. Strikt formele vernietigingen proberen alle geïnterviewde rechters te voorkomen. Hij gaat dan na – vaak in samenspraak met partijen – wat de beslissingsalternatieven zouden kunnen zijn.

Een volgende stap is na te gaan of het beslissingsalternatief waar het bestuur voor zegt te kiezen, rechtmatig zou zijn. Met andere woorden, de rechter kan proberen na te gaan hoe het gebrek zou kunnen worden hersteld.

Naarmate er meer beslissingsalternatieven zijn, wordt deze activiteit natuurlijk steeds bewerkelijker. Daarom zijn er gevallen waarin zij praktisch onuitvoerbaar is. Met name op terreinen met veel beleidsvrijheid, veel belanghebbenden en weinig materiële rechtsregels, is het daarom voor de bestuursrechter moeilijk om zich als een geschilbeslechter op te stellen.

Vragen

- 6a Zou het nieuwe besluit, meer dan nu gebeurt, in de procedure kunnen worden betrokken?
- 6b Hangt dat af van de wettelijke bepalingen van het procesrecht, van de werkwijze van de rechter of van de handelwijze van partijen? Kunt u een rangorde aangeven?

Slotvraag

In hoeverre begrenst de wet (hoofdstuk 8 Awb) de mogelijkheden van definitieve geschilbeslechting?

Toelichting:

De vraag of het onderwerp 'definitieve geschilbeslechting' de aandacht verdient bij de evaluatie van de Awb werd unaniem (en dus ongeacht of de geïnterviewde rechter zichzelf als toetsende of geschilbeslechtende rechter zag) met ja beantwoord. Opvallend en wellicht enigszins paradoxaal is dat de rechters geen duidelijke taak voor de Awb-wetgever weggelegd zien. Alle geïnterviewden zijn eigenlijk wel van mening dat de Awb zelf geen obstakel vormt, omdat deze voldoende bevoegdheden kent en toekent om geschillen te kunnen beslechten. Een geïnterviewde rechter zou hooguit een wettelijke regeling van een 'bestuurlijke lus' wensen, terwijl een andere geïnterviewde zou willen dat de wetgever door het stellen van criteria meer houvast biedt bij het zelf in de zaak voorzien.

Waar de Awb dus niet als belemmering wordt gevoeld bij het beslechten van geschillen, gaven drie rechters van de rechtbanken aan dat de belemmeringen veeleer liggen in de toetsing door de hoger beroepsrechters (die voor wat betreft het door de rechter zelf in de zaak voorzien al in een vroeg stadium de stelling heeft betrokken dat deze bevoegdheid alleen aan de orde kan zijn indien er rechs- tens geen andere beslissing meer mogelijk is) en in het zittingsgerichte werken door de rechtbanken.

Bijlage 6 Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter

prof. mr. B.W.N. de Waard Universiteit Tilburg

Leden

mw. D.Brugman	Ministerie van Binnenlandse Zaken
mr. E.C. van Ginkel	WODC
dr.mr. A.M.L. Jansen	Universiteit van Maastricht
mr. KJ. Kraan	Centrale Raad van Beroep
prof. mr. F.J. van Ommeren	Ministerie van Justitie
mr. B.J. Walraven	Houthoff Buruma

